مشكلات
النظام القضائى المصرى
فى ضوء
مبدأ سمو القانون الإلهى

دكتور
أحمد محمد أحمد حشيش
أستاذ بكلية حقوق طنطا ووكيلها سابقاً
والمحامى أمام المحاكم العليا

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبدالخالق ثروت
القاهرة

٢٠١١

مشكلات
النظام القضائى المصرى
فى ضوء
مبدأ سمو القانون الإلهى

دكتور
أحمد محمد أحمد حشيش
أستاذ بكلية حقوق طنطا ووكيلها سابقا
والمحامى أمام المحاكم العليا

٢٠١١

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت
القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَقُل لِّعِبَادِي يَقُولُواْ الَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ الشَّيْطَانَ يَنزَغُ بَيْنَهُمْ إِنَّ الشَّيْطَانَ كَانَ لِلإِنْسَانِ عَدُوّاً مُّبِيناً﴾[١]

«صدق الله العظيم»

---

(١) آية ٥٣/الإسراء.

مقــدمة

١- ينبغى أن نحمل فكرة الإصلاح الشامل المطروحة بإلحاح فى مصرنا حالياً، على محمل الجدة والجدية فى إطار دائرة تخصصنا العلمى المعهودة على الأقل، أى فى إطار دراسات القانون القضائى droit judiciaire على وجه الخصوص.

وهذا الأمر، لا يقتضى فحسب أن نتبنى جدة تلك الفكرة، إنما يقتضى أيضاً أن نتبنى جديتها وبالتالى تفعيلها فى ذاك الإطار عينه، ولو ببيان مشكلات النظام القضائى المصرى، الذى قيل – بشأنه – منذ بداية الربع الأخير من القرن الماضى، أن «النظام القضائى..... يثير مشاكل.... أساسية فى النظام القانونى كله» ([1]).

ولا جناح إذن على المؤلف الراهن إذا لم يكن موضوعه المباشر هو النظام القضائى فى ذاته، خاصة أن هذا النظام كان – وما زال – موضوعاً لمدونات فقهية عامة وخاصة غزيرة للغاية، ولو أن الملاحظ أنها لم تُعن بعد ببيان مناطه، أى بيان «أساس» أبنيته constructions المختلفة، أو بالأحرى بيان الأساس العام لبنائه، رغم أهمية هذا البيان.

فهذا الأساس يتمثل فى وجهين لحقيقة واحدة، هما مبدأ: التقاضى حق، ومبدأ: التخصص القضائى، وبالتالى جرى تقنيين تلك

([1]) محمد عبد الخالق عمر: النظام القضائى المصرى – جـ١ – المبادئ العامة – ط١ – ١٩٧٦ – دار النهضة العربية – ص٣.

الحقيقة المزدوجة فى نص وضعى واحد، حتى فى الدستور المصرى الحالى، وذلك فى المادة ٦٨ منه، وتقضى بأن: «التقاضى حق.... للناس كافة ولكل شخص .... إلى قاضيه الطبيعى».

بل هى – حتى – مقننة منذ الثلث الأول من القرن السابع الميلادى، فى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن)، حيث قوله تعالى: **﴿فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِيَ أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيماً﴾** ([1]). فالمستفاد – تأويلياً – من هذه الآية الكريمة، أن التقاضى للناس على وجه العموم ولكل شخص على وجه الانفراد وعلى وجه الاستئثار، وأن هذا التقاضى يكون أمام القضاء وحده على وجه التخصيص ووجه الاختصاص ووجه التخصص، لكى يكونوا مطمئنين إلى قضائه وبالتالى لا يجدوا فى أنفسهم حرجاً مما قضى به ويسلموا بقضائه تسليماً مطلقاً.

وعلى أى حال، فإن الموضوع المباشر للمؤلف الراهن هو النظام القضائى من حيث مشكلاته، التى تصيب مباشرة مناطه وتعتبر بالتالى مشكلات تقنية techniques قانونية بحتة، والتى هى – اختصاراً – المشكلات النظامية القضائية.

([1]) ٦٥/ النساء.

٢- وهذه المشكلات هى طائفة قائمة بذاتها من المشكلات القضائية، وبالتالى فهى لا تستنفد وحدها فكرة المشكلة القضائية، إنما هى تتميز بما يلى على الأقل:

أ - فهى تختلف - حتى - عن المشكلات «الاقتصادية» القضائية، كمشكلة مستوى مرتبات القضاة، ومشكلة استقلال الموازنة الاقتصادية للقضاء عن الموازنة العامة للدولة، ومشكلة مستوى الرسوم القضائية، ومشكلة «التغريم» الاقتصادى للمتقاضى، ومشكلة «التقدير» الاقتصادى لقيم الدعاوى القضائية..... الخ.

ب- وهى لا تنال فحسب من نفع النظام القضائى عملياً، إنما تنال أيضاً من صوابه علمياً، بل تنال كذلك من قوته قانونياً، رغم أن المبدأ هو: عدم جواز إضعاف النظام القضائى.

وهذا المبدأ مُقنن منذ الثلث الأول من القرن السابع الميلادى، فى اللائحة التنفيذية (السنة) للدستور الإلهى المعاصر (القرآن)، مصداقاً لحديث خاتم الرسل فيما رواه أبو ذر الغفارى رضى الله عنه، بقوله: «قلت: يا رسول الله ألا تستعملنى؟ فضرب بيده على منكبى ثم قال: (يا أبا ذر إنك ضعيف. وأنها أمانة، وإنها يوم القيامة خزى وندامة، إلا من أخذها بحقها، وأدى الذى عليه فيها)»([1])، ([2]). وكذا حديثه ﷺ: (يا أبا ذر إنى

([1]) السيد سابق: فقه السنة – جـ٣ – ص ٢٢٦ – ٢٢٧.

([2-3])الألبانى: صحيح الجامع الصغير وزياداته (الفتح الكبير) – المكتب الإسلامى – ط٣ – ١٩٨٨ بيروت – ص١٢٩١ رقم ٧٨٢٣ و ٧٨٢٥ على التوالى.

أراك ضعيفاً. وإني أحب لك ما أحب لنفسي. لا تتأمرن على اثنين. ولا تولين مال يتيم)([3]).

جـ- وهي لم تعدم من يدافع فلسفياً عن وجودها أصلاً، ولا من يُفلسف تناميها حالياً، بناء على موروثات لغوية أو تاريخية أو أيديولوجية بحسب الأحوال، لكن هذه الموروثات لا تنتمي إلا إلى الخيال العلمي science fiction، أو بالأحرى الخيال اللاعلمي واللامنهجي في مجال دراسة القانون، وبالتالي فإن ظاهرة المشكلات النظامية القضائية المعاصرة سوف تثير التساؤل: عما إذا لم يكن هناك ثمة منهج علمي «خاص» بدراسة القانون وحده وفي ذاته؟

٣- وعليه، فإن محتويات المؤلف الراهن تتوزع على ثلاثة فصول، كالتالي:

الفصل الأول: ماهية المشكلة النظامية القضائية.

الفصل الثاني: مشكلة انتهاك مبدأ التخصص القضائي([1]).

الفصل الثالث: مشكلة انتهاك حق التقاضي ([2]).

([1-2])أنظر: أحمد حشيش: انتهاك مبدأ التخصص القضائي – مجلة حقوق إسكندرية – عدد خاص بمؤتمر ١ و ٢ ديسمبر ٢٠١٠ – ص٤٧١ – ٥١٧، وكذا أحمد حشيش: اعتلال صحة التقاضي – نفس المجلة – عدد خاص بمؤتمر مارس ٢٠١٠ – ص١٢٩ – ١٨٦.

الفصل الأول

ماهية

المشكلة النظامية القضائية

٤- عرض وتقسيم:

المقصود بماهية المشكلة النظامية القضائية، بيان تعريفها من منظور العلم science بوجه عام، وبيان طبيعتها من منظور علم القانون القضائى بوجه خاص أى من منظور علم تأويل القانون، وبيان أثرها من منظور علم العلوم القانونية بوجه أخص، وبالتالى فإن محتويات هذا الفصل تتوزع على المباحث الثلاثة التالية:

المبحث الأول: تعريف المشكلة النظامية القضائية.

المبحث الثانى: طبيعة المشكلة النظامية القضائية.

المبحث الثالث: أثر المشكلة النظامية القضائية.

المبحث الأول

تعريف

المشكلة النظامية القضائية

٥- مخالفة مبدأ: عدم التناقض

الأصل أن التعريف هو بطبعه عمل علمى، حتى التعريف فى المجال القانونى، وبالتالى فهو لا يدخل فى مهمة المشرع، إنما يثير فكرة العلم.

والمشكلة النظامية القضائية بمعناها العلمى البحت، ليست مجرد عقبة، إنما هى تناقض contradiction. وهذا التناقض موجود فى النظام القضائى. أى هو تناقض تشريعى وضعى، لكنه تناقض

على أى الأحوال، وبالتالى فهو مخالفة لمبدأ: عدم جواز التناقض principe de non – contradiction

وهذا المبدأ، هو واحد من المبادئ العامة للعلم ([1])، وينبغى بالتالى أن يكون واحداً من المبادئ العلمية للنظام القضائى بوجه عام، مثلما هو واحد من مبادئ نظام الأحكام القضائية على الأقل([2]).

ومن ثم، فإن «قائمة» مبادئ النظام القضائى التى تداولتها المدونات الفقهية المقارنة على امتداد القرن الماضى على الأقل، هى قائمة تتسم بالقصور البالغ. فهى لا تخلو فقط من مبدأ عدم جواز إضعاف النظام القضائى ذلك المبدأ المقنن منذ الثلث الأول من القرن السابع الميلادى، إنما تخلو أيضاً من مبدأ: عدم جواز تناقض النظام القضائى.

على أن هذا القصور، لا يشوب فقط فكرة مبادئ النظام القضائى، إنما يشوب أيضاً فكرة مبادئ القانون العامة. لأنه فى الأصل، يشوب المنهج «التقليدى» لدراسة القانون، أى منهج التفسير.

([1]) أحمد حشيش: الضوابط القانونية للتعليم المصرى فى ضوء مبدأ سمو القانون الإلهى – دار النهضة العربية – ٢٠١٠ – ص٥١ – ٥٨ رقم ٢٥ – ٢٦.

([2]) أحمد حشيش: مبدأ عدم جواز تناقض الأحكام القضائية – دار النهضة العربية – ١٩٩٧.

٦- قصور منهج التفسير:

منهج التفسير هو المنهج المقرر فقهياً لدراسة القانون منذ قديم وحتى الآن، لدرجة أن شاع الاعتقاد مؤخراً بأن «اصطلاح الفقه يمكن أن يؤخذ كمرادف لاصطلاح شرح القانون أو تفسير القانون.... إنه العمل الأول والأخير بالنسبة للفقيه. فليست للفقه وظيفة أخرى غير تفسير القانون» ([1]).

لذا حظى منهج التفسير بمبحث أصيل فى «نظرية» القانون التقليدية، سواء نظريته «الغربية» التى اشتهرت تسميتها فقهياً بـ «المدخل إلى القانون» ويدرسها طلاب القانون فى سنتهم الأولى الجامعية، أو نظريته «العربية» التى اشتهرت تسميتها تقليدياً بـ «أصول الفقه» ويدرسها هؤلاء فى سنتهم الجامعية الأخيرة.

لكن هذا التقليد السائد منذ قديم يتجاهل ثلاث من المسلمات العلمية التى لا يجوز تجاهلها. وهى كالتالى:

١- فمنهج التفسير اللغوى (بالعبارة والدلالة) أو اللفظى أو الحرفى بحسب الأحوال، هو - فى كل الأحوال - منهج لغوى بحت، أى ينتمى بطبعه إلى اللغة، وبالتالى فالمسلم أن قواعد هذا المنهج تنتمى دائماً إلى «علم اللغة»، حتى لو تعلق الأمر بتفسير

([1]) سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون - ١٩٩٩ - منشأة المعارف - ص٧٤٥ رقم ٢٥١.

القانون، سواء تفسير القانون الوضعى ([1]) أو – حتى – تفسير القانون الإلهى (الشريعة) ([2]).

٢- بينما المسلم به أن القانون ليس فرعاً من علم اللغة، وهو الأمر الذى يعنى بالبداهة أن منهج التفسير ليس أكثر من منهج «ثانوى» أو «احتياطى» لدراسة القانون، وذلك بصرف النظر عن حفاوة نظرية القانون التقليدية به، وبصرف النظر – حتى – عما أفضت المبالغة فى تلك الحفاوة إليه من اضطراب فى هذا المنهج ذاته، وبالتالى اضطراب فى نظرية القانون ذاتها:

أ – فهذه النظرية لم تترك لدارسى القانون سوى الخيار بين نوعين من منهج التفسير. أقدمهما هو منهج التفسير «على المتون» d'exegésé الذى يحض دارسى القانون على الأخذ بالنصوص الوضعية بحالتها ومن ظاهرها وعلى علاتها ودون فحص أو تعقيب أو تنظير. أما أحدثهما، فهو منهج التفسير «العلمى الحر» libre scientifice الذى لا يحضهم على شئ مما تقدم ذكره، والذى ابتدعه فرانسوا جينى F.Geny فى فرنسا فى مطلع القرن الماضى، والذى لا يكبح لدى دارسى القانون – حتى – جنوحهم نحو الخيال العلمى science fiction أو بالأحرى الخيال اللاعلمى واللامنهجى، وهو الأمر الذى أفضى مؤخراً إلى ظهور منهج التفسير «التلفيقى» فى إطار نظريـــة القانون الغربية.

([1]) سمير عبد السيد تناغو: السابق – ص٧٦١ – ٧٦٦ رقم ٢٦٢.

([2]) محمد كمال الدين إمام: أصول الفقه الإسلامى – ٢٠٠٢ – دار المطبوعات الجامعية – ص٢٤٣ – ٣٠٥.

ب- ففى هذه النظرية المتداولة - حتى - بأيدى طلاب القانون فى العالم العربى والإسلامى، تجد منهج التفسير الإغريقى، أى منهج تفسير الظاهرة القانونية بفكرة «القانون الطبيعى»([١]). وذلك تحت مسمى «المدرسة المثالية» ([٢]). وإلى جوارها تماماً، منهج التفسير الألمانى، أى منهج تفسير الظاهرة القانونية بفكرة «العرف» ([٣]). وذلك تحت مسمى «المدرسة التاريخية» ([٤]). ومعهما منهج التفسير الفرنسى، أى منهج تفسير الظاهرة القانونية بفكرة «المجتمع» وذلك تحت مسمى «المدرسة الاجتماعية» ([٥]). ومعهم، منهج التفسير الإنجليزى، أى منهج تفسير الظاهرة القانونية بفكرة «الدولة» وذلك تحت مسمى «المدرسة الوضعية» ([٦]).

جـ- ولا أحد يُنبه هؤلاء الطلاب إلى أن تلك المناهج، هى مناهج الخيال العلمى الغربى، أو بالأحرى الخيال اللاعلمى واللامنهجى، والذى يُلهيهم عن «حقيقة» الظاهرة القانونية، ويحاول عبثاً أن يثبت لهم نشأتها التلقائية العفوية، اعتقاداً بأن

([١]) سمير عبد السيد تناغو: السابق - ص١٣٠ - ١٦٣ رقم ٤٧ - ٥٨.

([٢]) حسن كيرة: المدخل إلى القانون - ١٩٧٢ - منشاة المعارف ص٩٩ - ١٢١ رقم ٥١ - ٦٢.

([٣]) سمير عبد السيد تناغو: السابق - ص٤٢٣ - ٤٨٢ رقم ١٢٧ - ١٤٨.

([٤]) حسن كيرة: السابق ص١٢٢ - ١٣٠ رقم ٦٣ - ٦٦، ص٢٧٢ - ٢٩٧ رقم ١٤٨ - ١٦٤.

([٥]) حسن كيرة: السابق - ص١٣٠ - ١٣٩ رقم ٦٧ - ٦٩.

([٦]) حسن سمير تناغو السابق - ص١٠٩ - ١٢٤ رقم ٣٨ - ٤٥.

فكرتها الأولى قد هبطت من الفراغ اللانهائى على إنسان مجهول الهوية والزمان والمكان، فتلقفها هذا الإنسان وصنع لها موضوعها، الذى هو كلام القانون أو خطابه، أى القواعد التقويمية Jugements de valeur، التى يقتصر عمل الفقهاء بشأنها على مجرد تفسيرها.

كما يحاول أن يثبت لهم افتقار الظاهرة القانونية إلى القواعد العلمية التقريرية المتعلقة بحقيقتها Jugements de realité أو بوجودها ou d'existence، على أساس أن هذه الظاهرة مختلفة فى هذا الشأن عن غيرها من ظواهر الكون، التى لم يصنع لها الإنسان موضوعها، ولا موضوعها قواعد تقويمية ([1]).

٣- وكذا، المسلم به أن القانون علم قائم بذاته، أى مستقل تماماً عن غيره من العلوم، وهو الأمر الذى يعنى بالبداهة أن للقانون منهجه العلمى الخاص بدراسته، ودراسته وحده دون سواه من العلوم، ودراسته وحده وفى ذاته. كما يعنى بالبداهة ضرورة أن يكون هذا المنهج الخاص بدراسة القانون وحده وفى ذاته، هو منهج دراسته الأصلى والأصيل، ولو لم يكن الفقه المقارن قد عرف هذا المنهج بعد.

إذن يتمثل القصور المنهجى المعاصر فى ثلاثة أمور معاً هى كما يلى:

([1]) أنظر مثلاً: حسن كيرة: السابق – ص٢٠ – ٢١ رقم ٧، ص١٣٥ – ١٣٧ رقم ٦٩.

أ – اطراد دراسة القانون جيلاً بعد جيل بمنهج ثانوى واحتياطى لدراسته، هو منهج التفسير الذى ينتمى بطبعه إلى «علم اللغة»، لا إلى علم القانون.

ب– عدم دراسة القانون بمنهجه العلمى الخاص والأصلى والأصيل، الذى مازال مجهولاً حتى الآن.

جـ– افتقار طلاب القانون جيلاً بعد جيل إلى فكرة واضحة عن الظاهرة القانونية، أى قصور معرفتهم بالظاهرة القانونية حتى الآن، سواء من حيث وجودها أو من حيث حقيقتها، أو بالأحرى قصور معرفتهم بفكرة القواعد العلمية «التقريرية» الخاصة بالظاهرة القانونية، تلك القواعد التى تنتمى بطبعها إلى علم العلوم القانونية.

٧– قصور معرفتنا عن الظاهرة القانونية:

دعنا إذن من الخيال العلمى الذى أحاط بالظاهرة القانونية منذ العصور الوسطى حتى الآن، لكى نُلم فى هذا المقام ببعض ثوابتها على الأقل، وذلك كالتالى:

١– فالثابت أن الظاهرة القانونية من أملاك خالقها جل وعلا، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿إِنِ الْحُكْمُ إِلاَّ لِلّهِ﴾[1]. وبهذا، فهى لا تختلف عن غيرها من ظواهر الكون، التى هى – بدورها – من

---

[1] ٤٠/ يوسف وكذا ٦٧/ يوسف.

أملاك خالقها جل وعلا، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿وَلِلّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ﴾**(١).

ومن ثم، فالرابط بين الخالق وعباده هو القانون الإلهى بوجه خاص، وذلك – حتى – بالنسبة للقرآن الكريم، مصداقاً لقول خاتم الرسل: (أبشروا، فإن هذا القرآن طرفه بيد الله وطرفه بأيديكم. فتمسكوا به، فإنكم لن تهلكوا ولن تضلوا بعده أبداً) (٢).

٢- والثابت أن الظاهرة القانونية قديمة قدم عصر آدم عليه السلام، وواكبت هبوطه من الجنة إلى الأرض، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿قُلْنَا اهْبِطُواْ مِنْهَا جَمِيعاً فَإِمَّا يَأْتِيَنَّكُم مِّنِّي هُدًى فَمَن تَبِعَ هُدَايَ فَلاَ خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلاَ هُمْ يَحْزَنُونَ﴾**(٣)، وكذا قوله تعالى: **﴿قَالَ اهْبِطَا مِنْهَا جَمِيعاً بَعْضُكُمْ لِبَعْضٍ عَدُوٌّ فَإِمَّا يَأْتِيَنَّكُم مِّنِّي هُدًى فَمَنِ اتَّبَعَ هُدَايَ فَلاَ يَضِلُّ وَلاَ يَشْقَى﴾**(٤).

٣- والثابت أنه ما من عصر من عصور التاريخ الإنسانى كان خالياً من القانون الإلهى، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿وَإِن مِّنْ أُمَّةٍ إِلاَّ خلاَ فِيهَا نَذِيرٌ﴾**(٥). وبهذا لم يعد لأحد من الناس منذ عصر آدم حتى قيام الساعة، أن يحتج بجهله بالقانون nul n'est cense ignorer la loi، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿لِئَلاَّ يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾**(٦). ومن ثم فالخلاف الفقهى مؤخراً حول «أساس»

---

(١) ١٧/ المائدة.

(٢) الألبانى: السابق – ص٦٩ رقم ٣٤.

(٣-٦) ٣٨/ البقرة، ١٢٣/طه، ٢٤/ فاطر، ١٦٥/ النساء.

هذا المبدأ الأخير فى القانون الوضعى، هو خلاف غير ذى موضوع أصلاً ([1])، وبصرف النظر عن أصله.

٤- والثابت أن القوانين الإلهية قد تعددت وتعاقبت الواحد تلو الآخر، تبعاً لتعدد وتعاقب الرسل الواحد تلو الآخر، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿لِكُلّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً.......﴾**([2]). لكن ما من قانون من تلك القوانين كان له ثمة أثر رجعى، إنما كان كل قانون منها يسرى فور نزوله ومستقبلاً فحسب، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىَ نَبْعَثَ رَسُولاً﴾**([3]).

وبهذا، لم يكن لتنازع القوانين زمانياً أن يثير مشكلة فقهية أصلاً، لولا خلاف الفقه العربى قديماً حول وجود أو عدم وجود هذه الرجعية([4])، ثم ركون الفقـــه الغربى طويلاً إلى كفاية فكرة عدم الرجعية وحدها([5]) ، بينما عدم الرجعية وفورية السريان مستقبلاً هما وجهان لحقيقة واحدة مقننة منذ الثلث الأول من القرن السابع الميلادى، ولو لم يعرفها الغرب ذلك إلا فى مطلع القرن العشرين([6]).

([1]) قارن: سمير عبد السيد تناغو: السابق – ص٥٩٣ – ٦٣٤ رقم ١٧٩ – ١٩٣، حسن كيرة: السابق – ص٣١٦ – ٣٢٣ رقم ١٧٢ – ١٧٥.

([2-3]) ٤٨/١ المائدة، ١٥/١ الإسراء.

([4]) أنظر فى هذا الخلاف مثلاً: محمد كمال الدين إمام: السابق – ص٦٧ – ٧٩.

([5-6]) أنظر حسن كيرة: السابق – ص٣٣٨ – ٣٧٤ رقم ١٨٤ – ٢٠٢، سمير عبد السيد تناغو: السابق – ص٦٤٦ – ٧٠٣ رقم ١١٩ – ٢٣٥.

ومبنى فورية السريان مستقبلاً للقانون اللاحق، هو أن هذا القانون يعيد تنظيم نفس الموضوع من جديد، وبالتالى فهو القانون الأحدث والأكمل بالنسبة لسابقه. وهو من ثم يلغى القانون الأقدم ويحل – بالتالى – محله فى السريان مستقبلاً، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿مَا نَنسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَا أَوْ مِثْلِهَا أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ عَلَىَ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾**(١).

٥- والثابت أن القانون الإلهى الأخير والأحدث، هو القانون الإلهى المعاصر، أى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن) ولائحته التنفيذية (السنة)، وبالتالى فهو وحده القانون الإلهى واجب التطبيق منذ نزوله فى الثلث الأول من القرن السابع الميلادى حتى قيام الساعة، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىَ شَرِيعَةٍ مِّنَ الأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَآءَ الَّذِينَ لاَ يَعْلَمُونَ﴾**(٢).

ولا ريب فى أن كافة القواعد المتقدمة، ليست فقط قواعد مقننة منذ الثلث الأول من القرن السابع الميلادى ولو خلت منها مدونات «أصول الفقه» التقليدية، إنما هى أيضاً قواعد علمية «تقريرية» تتعلق بالظاهرة القانونية ذاتها، سواء من حيث حقيقتها de realité أو من حيث وجودها d'existence، وبالتالى فهى ليست من القواعد «التقويمية» de valeur التى هى موضوع الظاهرة القانونية، أى

---

(١) ١٠٦/البقرة.

(٢) ١٨/الجاثية.

كلام القانون أو خطابه، الذى انشغل به الفقهاء جيلاً بعد جيل، سواء فى نظرية القانون الغربية وذلك تحت مسمى «القاعدة القانونية وخصائصها»، أو فى نظريته العربية وذلك تحت مسمى «الحكم الشرعى وأنواعه».

على أن تلك القواعد العلمية التقريرية لا تستنفد وحدها فكرة علم علوم القانون، ذلك العلم الذى يقوم عليه المنهج العلمى الخاص بدراسة القانون وحده وفى ذاته، إنما توجد قواعد أخرى مقننة، كما توجد لهذا العلم تسمية اصطلاحية خاصة به وذلك منذ نشأته الأولى فى القرن الثالث عشر قبل الميلاد، ولو أن نشأته الآخرة كانت فى الثلث الأول من القرن السابع الميلادى.

والواجب على دارسى القانون جيلاً بعد جيل، أن يبحثوا عن هذا العلم science سواء فى نشأته الأولى أو فى نشأته الآخرة، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿قُلْ سِيرُواْ فِي الأَرْضِ فَانظُرُواْ كَيْفَ بَدَأَ الْخَلْقَ ثُمَّ اللَّهُ يُنشِىءُ النَّشْأَةَ الآخِرَةَ إِنَّ اللَّهَ عَلَىَ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾**(١).

ولا يجب أن يثنيهم عن ذلك، إنكار وجود «علم تأويل القانون» من جانب اللغويين، ذلك الإنكار الذى لا يقل خطراً عما توارثوه من إنكار وجود «علم الحكمة»، التى هى بطبعها الشرط الأول من الشرطين اللازمين قانوناً لصحة الدعوة إلى سبيل الله، مصداقاً لقوله تعالى:**﴿ادْعُ إِلِى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ﴾**(٢).

(١-٢) ٢٠/ العنكبوت.

المبحث الثانى
طبيعة
المشكلة النظامية القضائية

المطلب الأول
طبيعتها القضائية العامة

٨- خطأ فى تأويل القانون:

المقصود بطبيعة المشكلة النظامية القضائية، بيان تكييفها القانونى من منظور القانون القضائى droit judiciaire، ومن منظور القانون القضائى وحده، دون القانون الموضوعى أياً كان.

فيكفى ويلزم إذن بيان طبيعتها من منظور القانون القضائى، وبصرف النظر تماماً عن القانون الموضوعى أياً كان، أى سواء كان هذا الأخير هو القانون العام public بفروعه المعهودة أو هو القانون الخاص privé بفروعه المعهودة، وذلك للأسباب التالية:

١- أن المشكلة النظامية القضائية، هى بطبعها مشكلة قضائية، بالنظر إلى أنها مشكلة موجودة فى النظام القضائى، وتؤدى إلى إضعاف قوة هذا النظام قانوناً.

٢- وأن هذه المشكلة هى بطبعها خطأ فى تأويل القانون عملاً.

٣- وأن فكرة الخطأ فى تأويل القانون عامة تعد من أفكار القانون القضائى وحده. فهذا القانون هو الأكثر انشغالاً بشأن «صحة» تأويل القانون عملاً أى فى الحياة العملية، كما هو بالتالى الأكثر

انزعاجاً بشأن «عدم» صحته، الذى اشتهرت تسميته اصطلاحياً فى العديد من نصوص القانون القضائى بـــ «الخطأ فى تأويل القانون».

وهذا الخطأ يعد صورة قائمة بذاتها من صور الخطأ القانونى، وبالتالى فقد ورد النص عليه صراحة وعلى استقلال فى قانون «جهة المحاكم»، سواء فى قانون المرافعات المدنية والتجارية فى المادتين ٢٤٨ و ٢٥٠ منه، أو فى قانون الإجراءات الجنائية فى المادة ٤٠٢ منه وكذا المادة ٣٠ من قانون حالات وإجراءات الطعن بالنقض، أو فى قانون المحاكم الاقتصادية عملاً بالمادة ٤ من قواعد إصداره.

كما ورد النص عليه صراحة وعلى استقلال فى قانون جهة القضاء الإدارى (ق. مجلس الدولة) فى المادتين ١٠/١٤ و ٢٠ منه.

وبهذا، فإن فكرة الخطأ فى تأويل القانون تعد من الأفكار العامة للقانون القضائى، حتى لو تعلق الأمر بتأويل القانون الموضوعى. وهذه الفكرة، لا هى حكر على قانون المرافعات المدنية والتجارية وحده([1])، ولا هى تقتصر على الخطأ «القضائى» فى تأويل القانون([2])، ولا هى قابلة للاختلاط بفكرة الخطأ فى تفسير القانون([3])، إنما هى فكرة قائمة بذاتها، أى مستقلة، ولو لم يُعن الفقه

([1-3])قارن مثلاً: فتحى والى: الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ٢٠٠٨ – طبعة نادى القضاة – ص٧٠٩ رقم ٣٧٠ والمرجع الفرنسى المشار إليه فى حاشية رقم ٣.

المقارن بدراستها فى ذاتها وعلى استقلال، أى أن هذا الفقه لم يعطها بعد حقها من العناية والاهتمام.

فالخطأ فى التفسير هو خطأ نسبة إلى قواعد هذا التفسير، التى لا تنتمى مطلقاً إلى علم القانون، إنما تنتمى بطبعها إلى علم اللغة، بينما الخطأ فى التأويل هو خطأ نسبة إلى قواعد هذا التأويل، التى لا تنتمى مطلقاً إلى علم اللغة، إنما تنتمى بطبعها إلى علم العلوم القانونية، أى علم تأويل القانون.

٩- علم العلوم القانونية:

هذا العلم science، كانت نشأته الأولى فى القرن الثالث عشر قبل الميلاد، حيث كان واحداً من العلوم القضائية آنذاك، وبالتالى كان أول من تتلمذ فيه هو موسى «القاضى» عليه السلام، الذى سماه: علم الرشد القانونى واختصاراً «علم الرشد»، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿قَالَ لَهُ مُوسَىَ هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَىَ أَن تُعَلِّمَنِ مِمَّا عُلِّمْتَ رُشْداً﴾**(١).

وقد تتلمذ فيه موسى على يد الخضر عليه السلام، الذى سماه علم التأويل واختصاراً «التأويل»، مصداقاً لقوله تعالى بشأن الخضر: **﴿قال..... سأنبئك بتأويل ما لم تستطع عليه صبراً﴾** (٢). وكذا قوله تعالى: **﴿.....ذَلِكَ تَأْوِيلُ مَا لَمْ تَسْطِـع عَلَيْهِ صَبْراً﴾**(٣).

والخضر عليه السلام، لم يكن نبياً أو رسولاً أو ملكاً، ولم يبتكر علم التأويل، إنما كان أول من تلقى هذا العلم ضمن ما تلقاه مباشرة

(١-٣) ٦٦/ الكهف، ٧٨/الكهف، ٨٢/الكهف، على التوالى.

من العلم من ربه، مصداقاً لقوله تعالى بشأن الخضر: ﴿.....وَعَلَّمْنَاهُ مِن لَّدُنَّا عِلْماً﴾(١).

وبدهى أن هذا العلم لم يكن قط حكراً على الخضر وموسى عليهما السلام، دون غيرهما من بنى جنسهما، وبالتالى لا يعد صواباً أن يُنكر بعض من اللغويين المعاصرين استمرارية قواعد التأويل الخضرية، بمقوله: أن «قصة موسى والخضر قصة العجائب الغيبية التى يقف أمامها العقل البشرى خاشعاً ومسلماً.......... كما أن الخضر عليه السلام قد انتقل إلى جوار ربه ... و..... لا يُنقل عنه شرع ولا علم» (٢).

فقواعد التأويل الخضرية مقننة فى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن)، فى الآيات ٦٠ – ٨٢ من سورة الكهف. وهى تقوم على مبدأ: التأويل بالرحمة، مصداقاً لقوله تعالى بشأن الخضر: ﴿.....آتَيْنَاهُ رَحْمَةً مِّنْ عِندِنَا﴾(٣). وعلى مبدأ: التأويل بالأوان، مصداقاً لقوله تعالى بشأن الخضر: ﴿قَالَ فَإِنِ اتَّبَعْتَنِي فَلاَ تَسْأَلْنِي عَن شَيْءٍ حَتَّىَ أُحْدِثَ لَكَ مِنْهُ ذِكْراً﴾(٤).

---

(١) ٦٥/الكهف.

(٢) قارن: محمد متولى الشعراوى: قصص الأنبياء والمرسلين – مكتبة التراث الإسلامى – ط٢ – ٢٠٠١ – ص٤٢٣ و ص٤٢٦ على التوالى.

(٣-٤) ٦٥/ الكهف، ٧٠/الكهف.

وبدهى أيضاً، أن علم التأويل ليس فرعاً من الفلسفة أياً كانت([1])، التى هى بطبعها تعد من اللاعلم non – science الذى يتناقض مع العلم هدفاً ومنهجاً ([2]). ولا هو – حتى – من فروع علم اللغة بحيث يختلط بالتفسير ([3]).

وبدهى كذلك، أن من قواعد التأويل الخضرية، قاعدة الضرورة تبيح المحظور ولو كان المحظور هو الإتلاف (٧١/الكهف) أو – حتى – القتل (٧٤/الكهف). وكذا قاعدة دفع الضرر مقدم على جلب النفع (٧٧/الكهف). وقاعدة يُدفع الضرر الأشد بأقل منه (٧٩/الكهف). ومن ثم، فلا يعد صواباً أن تُجتزأ بعض القواعد الخضرية وتُنسب إلى فقهاء العصر العباسى وتحت مسمى «القواعد الكلية الفقهية» ([4]) لأن هذه القواعد، لا هى قواعد «فقهية» أصلاً بل هى – حتى – مقننة حالياً، ولا هى حديثة حداثة العصر العباسى.

وما تقدم مجرد أمثله، على اتجاه الفكر اللغوى والفقهى العربى نحو «وأد» علم تأويل القانون، وذلك إما باعتباره كان حكراً على موسى والخضر وحدهما، وإما باعتباره فرعاً فلسفياً، وإما باعتباره

([1]) قارن: نصر حامد أبو زيد: فلسفة التأويل، دراسة فى تأويل القرآن عند محى الدين بن عربى – المركز الثقافى العربى – ط٥ – ٢٠٠٣ الدار البيضاء.

([2]) صلاح قنصوة: فلسفة العلم – ٢٠٠٢ القاهرة – ص٥٨.

([3]) قارن: السيوطى: الإتقان فى علوم القرآن – جزءان – مصطفى البابى الحلبى – ط٣ – ١٩٥١ – ص١٧٢ من الجزء الثانى.

([4]) قارن: محمد كمال الدين إمام: السابق – ص٣٧٩ – ٤٢٣.

فرعاً لغوياً، وإما باعتباره فقهاً عباسياً، وتلك النتيجة هى واحدة من النتائج السلبية المترتبة على هيمنة منهج التفسير اللغوى البحث على دراسة الدستور الإلهى المعاصر (القرآن). منذ العصور الوسطى.

١٠- أقدم قاعدة تأويل:

إذن، الخضر عليه السلام يعد المثل الأعلى التاريخى لعلم تأويل القانون، ولو أن فكرة «قاعدة» التأويل أسبق فى الوجود تاريخياً من الخضر، وأسبق بكثير. بل هى – حتى – كانت موجودة فى عصر آدم عليه السلام، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿فَوَسْوَسَ إِلَيْهِ الشَّيْطَانُ قَالَ يَآدَمُ هَلْ أَدُلُّكَ عَلَىَ شَجَرَةِ الْخُلْدِ وَمُلْكٍ لاّ يَبْلَىَ فَأَكَلاَ مِنْهَا ....﴾**([1])، وقوله تعالى: **﴿فَأَزَلّهُمَا الشّيْطَانُ عَنْهَا فَأَخْرَجَهُمَا مِمّا كَانَا فِيهِ وَقُلْنَا اهْبِطُواْ بَعْضُكُمْ لِبَعْضٍ عَدُوّ ....﴾**([2]).

فالمستفاد تأويلياً من الآيتين، أن موضوعهما القانونى قاعدة: العجلة من الشيطان، وبالتالى فإن من استعجل الشئ قبل أوانه عوقب بحرمانه، لأنه لا شئ يحدث قبل أوانه، خاصة الخلد فى جنة الخلد.

أما بعد الخضر عليه السلام بثلاثة قرون، أى فى القرن العاشر قبل الميلاد، وقبل النشأة الآخرة لعلم التأويل فى الثلث الأول من القرن السابع الميلادى، فكانت قاعدة التأويل الشهيرة، التى تلقاها داود عليه السلام ضمن ما تلقاه مباشرة من العلم من ربه، مصداقاً

([1]) ١٢٠ و ١٢١/طه، ٣٦/ البقرة.

لقوله تعالى بشأن داود: ﴿وَآتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصْلَ الْخِطَابِ﴾ ([1])، وقول خاتم الرسل بشأن فصل الخطاب: (البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه) ([2]).

فالمستفاد تأويلياً من النصين، أن موضوعهما القانونى قاعدة: أن اليمين القضائية ليست فقط بينة من لا بينة له سواها، إنما أيضاً هى حاسمة للنزاع، سواء حلفها المدعى الذى عليه البينة أصلاً، أو حلفها المدعى عليه بحسب الأحوال.

١١- أول مبادئ علم التأويل المعاصر:

أول مبادئ الظاهرة القانونية منذ الثلث الأول من القرن السابع الميلادى، أى الظاهرة القانونية المعاصرة، هو مبدأ سمو القانون الإلهى المعاصر - أى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن) ولائحته التنفيذية (السنة) - على التشريع الوضعى أياً كان وأينما كان ووقتما كان.

وهذا المبدأ مقنن فى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن)، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ.........﴾ ([3]).

([1]) ٢٠/ص.

([2]) الألبانى: السابق - ص٥٥٩ رقم ٢٨٩٧.

([3]) ٥٩/ النساء.

فالمستفاد تأويلياً من الآية الكريمة، أن موضوعها القانونى هو مبدأ سمو القانون الإلهى المعاصر (القرآن والسنة) على التشريع الوضعى، وبالتالى فالأولوية هى لهذا القانون الإلهى على التشريع الوضعى ﴿أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ﴾ ، كما أن المرجعية هى لهذا القانون الإلهى بالنسبة للتشريع الوضعى أياً كان ﴿....فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ﴾.

وهذا المبدأ هو مبدأ علمى تقريرى يتعلق بالظاهرة القانونية المعاصرة من حيث وجودها وحقيقتها، وبالتالى فهو من مبادئ علم تأويل القانون، بل هو – حتى – خيرها وأحسنها فى التأويل، مصداقاً لقوله تعالى عقب تقرير هذا المبدأ مباشرة وفى نفس الآية: ﴿....ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً﴾.

وهو – بهذا الاعتبار – أول مبادئ علم تأويل الظاهرة القانونية المعاصرة، ويستعصى بطبعه على الإنكار، وذلك بصرف النظر عن الأمور الثلاثة التالية:

أ – بصرف النظر – أولاً – عن أى تفسير من التفسيرات اللغوية البحتة المستصحبة تقليدياً منذ العصور الوسطى حتى الآن، بشأن عبارة (أولى الأمر منكم).

فهذه العبارة هى اصطلاح مقنن فى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن)، أى هى اصطلاح قانونى أصلاً، وله بالتالى مفهومه الاصطلاحى، الذى يتجاوز دائرة التخصص العلمى المعهودة لرجال اللغة، وبالتالى لا يُغنى عنه أى معنى من المعانى اللغوية البحتة،

حتى لو كان هذا المعنى قديم وراسخ فى الأدبيات اللغوية منذ العصور الوسطى، وسواء كان هذا المعنى اللغوى يُقزم مضمون ذاك الاصطلاح إلى مجرد «ولى الأمر»([١])، أو كان يُضخمه إلى «ولاة الأمور» أو «أولياء الأمور» ([٢]). بحسب الأحوال.

ب- وبصرف النظر – ثانياً – عن تسمية التشريع الوضعى الصادر قديماً عن «برلمان الصحابة» فى المدينة باعتبارها عاصمة أول دولة عربية فى عصر الراشدين، بـــ «الإجماع». فقد كان هذا الإجماع تشريعاً «حقيقياً» صادراً عن برلمان.

ثم اختفت بعد ذلك فكرة البرلمان اختفاء تاماً ابتداء من عصر آل أميه، ونقلهم العاصمة إلى دمشق([٣])، وبالتالى لم تعرف دولة آل أمية ومن جاء بعدهم فكرة التشريع «الحقيقى»، ولم يعد هناك – بالتالى – ثمة إجماع، لدرجة أن ابن حنبل قال قولته المشهورة: «من قال إجماعاً فهو كاذب». واستعيض عن التشريع الحقيقى، بفكرة التشريع «الحكمى»، الذى يصدر عن الخليفة إما مباشرة وأما يحيل بموجبه إلى مذهب من المذاهب الفقهية بحسب الأحوال، والذى

([١-٢])أنظر فى تلك المعانى اللغوية: صوفى حسن أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية – ط٤ – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية – ص٢٣٤ وحاشية رقم ٢ فى نفس الصفحة.

([٣]) أنظر: أحمد حشيش: الضوابط..... مشار إليه – ص٨٣ – ٩٢ رقم ٤٣ – ٤٧.

اشتهرت تسميته بـ «السياسة الشرعية» ([1])، والذى كانت فكرته سبب جمود وتأخر العلم القانونى فى العالم العربى والإسلامى.

جـ- وبصرف النظر - ثالثاً - عن فكرة سمو الدستور الوضعى على غيره من التشريعات الوضعية. لأن هذه الفكرة لا تعمل إلا فى نطاق ظاهرة التشريع الوضعى، تلك الظاهرة التى هى محدودة النطاق ولا تستنفد بالتالى فكرة الظاهرة القانونية عامة، والتى تخضع لمبدأ سمو القانون الإلهى المعاصر على التشريع الوضعى أياً كان، أى حتى لو كان التشريع الوضعى هو التشريع «الأساسى» الذى اشتهرت تسميته اختصاراً واصطلاحاً بـ «الدستور».

ولا ريب أن الأمور الثلاثة المتقدمة قد أسهمت - بصورة أو بأخرى - فى وجود ما هو ملاحظ حالياً، أى ظاهرة خلو «قائمة» مبادئ الظاهرة القانونية من مبدأ سمو القانون الإلهى على التشريع الوضعى، سواء القائمة الموجودة فى نظرية القانون الغربية المتداولة عربياً تحت مسمى المدخل إلى القانون ([2])، أو القائمة الموجودة فى

([1]) صوفى حسن أبو طالب: السابق - ص٢٣٥ و ص٢٣٧ - ٢٤١ على التوالى.

([2]) أنظر مثلاً: سمير عبد السيد تناغو: السابق - ص٢٤٦ - ٢٦٦ رقم ٧٩ - ٨٢.

نظرية القانون العربية المتداولة تحت مسمى أصول الفقه([1]). لكن تلك الأمور مردها جميعاً إلى خطأ «فقهى» فى التأويل.

المطلب الثانى

طبيعتها القضائية الخاصة

١٢- خطأ رسمى فى تأويل القانون:

دائرة خطأ التأويل الذى ينزعج القانون القضائى من وجوده عملياً، وينشغل بالتالى بإزالته، هى دائرة محددة النطاق سواء من الوجهة السلبية أو من الوجهة الإيجابية، وذلك كالتالى:

١- فهذه الدائرة لا تشمل كل خطأ فى التأويل، وبالتالى يُستبعد من نطاقها، الخطأ «الفقهى» فى التأويل. فوجود هذا الخطأ لا يُزعج القانون القضائى، ولا ينشغل بالتالى بإزالته، وذلك لسببين:

أ - هذا الخطأ ليس خطأ رسمياً فى التأويل، أى ليس خطأ موجوداً فى تأويل رسمى، إنما هو موجود فى مجرد تأويل فقهى.

ب- والتأويل الفقهى لا يُلزم أحداً أياً كان به، وذلك بصرف النظر عن صحة أو عدم صحة هذا التأويل، وبصرف النظر أيضاً عما إذا كان هذا التأويل الفقهى متفقاً أو غير متفق عليه من جانب الفقهاء، مصداقاً لقول خاتم الرسل: (استفت نفسك وإن أفتاك

([1]) أنظر مثلاً: زكى زكى حسين زيدان: المدخل لدراسة الفقه الإسلامى – ١٩٩٩/٢٠٠٠ – ص٥٥ – ٦٨.

المفتون)([1])، وبالتالى قول ابن حنبل بشأن المتفق عليه بين الفقهاء: «من قال إجماعاً فهو كاذب»، أى من قال تشريعاً ملزماً فهو كاذب. لذا، فإن القانون القضائى يترك مسئولية اكتشاف هذا الخطأ ومسئولية استبعاده، على عاتق كل فرد على حده.

٢- وهذه الدائرة لا تقتصر على الخطأ «القضائى» فى تأويل القانون عملاً، ولو أنه بطبعه خطأ رسمى فى التأويل، أى أن فكرة الخطأ القضائى فى التأويل لا تستنفد وحدها دائرة الخطأ الرسمى فى التأويل.

٣- وهذه الدائرة لا تتجاوز الخطأ الرسمى فى تأويل القانون عملاً، ولو لم يكن هذا الخطأ خطأ قضائياً، أى أنها تشمل كل حالات الخطأ «الرسمى» فى تأويل القانون، وبصرف النظر عما إذا كان هذا الخطأ خطأ إدارياً أو خطأ قضائياً أو - حتى - خطأ تشريعياً.

والمشكلة النظامية القضائية باعتبارها خطأ تأويلياً موجوداً فى النظام القضائى، فهى بطبعها خطأ تشريعى وضعى فى التأويل، أى خطأ رسمى فى التأويل، وبالتالى تدخل فى دائرة خطأ التأويل الذى ينزعج القانون القضائى من وجوده عملياً، وينشغل بالتالى بإزالته. على أن القاعدة: أن كل مشكلة نظامية قضائية بمثابة خطأ رسمى فى تأويل القانون، لكن ليس كل خطأ رسمى فى التأويل يُعد مشكلة نظامية قضائية.

([1]) الألبانى: السابق - ص٢٢٤ رقم ٩٤٨.

١٢- أنواع الخطأ الرسمى فى التأويل:

دائرة خطأ التأويل الذى ينشغل القانون القضائى بإزالته عملاً، تشمل الخطأ «الرسمى» فى التأويل بأنواعه الثلاثة، التى هى كالتالى:

١- الخطأ «الإدارى» فى التأويل. ووجود هذا الخطأ عملاً، لا يزعج القانون الإدارى الذى لا ينشغل بالتالى بإزالته، إنما هو يُزعج القانون القضائى وحده والذى ينشغل بالتالى بإزالته، فيجعله سبباً قائماً بذاته للطعن فى القرارات الإدارية النهائية، وذلك فى المادة ١٤/١٠ من قانون القضاء الإدارى (ق. مجلس الدولة).

وهكذا، فلا تطابق ولا تلازم هناك بين فكرة الخطأ فى التأويل وفكرة الخطأ القضائى فى التأويل. ولا - حتى - بين الفكرة الأولى وفكرة الخطأ فى التفسير، بالنظر إلى أن نظرية التفسير التقليدية لا تعرف نوعاً منه يسمى «التفسير الإدارى» للقانون([1]).

٢- الخطأ «القضائى» فى التأويل. وهذا الخطأ هو خطأ قائم بذاته، أى مستقل، حتى عن الخطأ الإدارى فى التأويل، لكنه لا يستنفد وحده فكرة الخطأ الرسمى فى التأويل، ولا يختلف - حتى - عن الخطأ الإدارى فى التأويل، من حيث أن وجوده عملاً لا يزعج أى قانون سوى القانون القضائى وحده، الذى ينشغل بالتالى بإزالته.

([1]) أنظر أنواع التفسير التقليدية: سمير عبد السيد تناغو: السابق - ص٧٣٨ - ٧٤٨ رقم ٢٤٩ - ٢٤٩، حسن كيرة: السابق - ص٣٩٩ - ٤٠١ رقم ٢١١ - ٢١٢.

ومن ثم، فإن القانون القضائى يجعل هذا الخطأ القضائى، سبباً قائماً بذاته للطعن فى الأحكام القضائية، سواء كانت تلك الأحكام أحكاماً جنائية وذلك فى المادة ١/٤٠٢ و ٢ من قانون الإجراءات الجنائية وكذا المادة ٣٠ من قانون حالات الطعن الجنائى بالنقض، أو كانت أحكاماً مدنية وتجارية وذلك فى المادتين ٢٤٨ و ٢٥٠ مرافعات، أو كانت أحكاماً اقتصادية وذلك فى المادة ٤ من قواعد إصدار قانون المحاكم الاقتصادية، أو كانت أحكاماً إدارية وذلك فى المادة ٢٠ من قانون القضاء الإدارى (ق. مجلس الدولة).

على أن فكرة الخطأ «القضائى» فى التأويل هى الأسبق فى الوجود تاريخياً من غيرها من صور الخطأ الرسمى فى التأويل. فينبغى أن يؤرخ – علمياً – لها منذ القرن العاشر قبل الميلاد، أى منذ عصر داود وسليمان عليهما السلام، وقضية الحرث المشهورة، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾**([1]).

فبينما قضى داود ([2]) فيها وفق قاعدة: من سبب ضرراً للغير فعليه تعويضه ولو بتمليكه الغنم التى أحدثت الضرر، فإن سليمان([3]) قضى فيها وفق قاعدة: من سبب ضرراً للغير فعليه إصلاحه ما دام ممكناً بأقل ضرر على المسئول عنه ولو بتخليه – مؤقتاً – عن مجرد حيازة غنمه، وبالتالى جاءت اللائحة التنفيذية (السنة) للدستور

([1]) ٧٨/ الأنبياء.

([2-3]) قرب: محمد متولى الشعراوى: السابق – ص٤٧٠ – ٤٧١.

الإلهى المعاصر (القرآن)، فى مطلع القرن السابع الميلادى، وقننت قاعدة: (لا ضرر ولا ضرار)([1]). بوجه عام.

٣- الخطأ «التشريعى» فى التأويل. وهذا الخطأ قد اشتهرت تسميته فقهياً منذ منتصف القرن الماضى فى مصر بـــ «الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية»([2]).

وهذا الخطأ هو خطأ تأويل قائم بذاته، أى مستقل، حتى عن الخطأ الإدارى والخطأ القضائى، لكنه لا يخرج عن نطاق دائرة الخطأ الرسمى فى التأويل، ولا يختلف عنهما - بالتالى - من حيث أن وجوده عملاً لا يُزعج أى قانون سوى القانون القضائى وحده، الذى يجب أن ينشغل - إذن - بإزالته.

والمشكلة النظامية القضائية تُصنف تحت هذا النوع من خطأ التأويل، فلا هى مجرد خطأ إدارى، ولا هى مجرد خطأ قضائى، إنما هى بطبعها خطأ تشريعى فى التأويل.

بل هى - حتى - فى ظل هذا التكييف، لا تعتبر خطأ عادياً مما يمكن تداركه قضاء، إنما هى بطبعها خطأ غير عادى مما يتعذر على القضاء تداركه، وبالتالى فهى ما تزال بمثابة مشكلة حقيقية فى النظام القضائى.

([1]) الألبانى: السابق - ص١٢٤٩ رقم ٧٥١٧.

([2]) أنظر مثلاً: عبد الرزاق السنهورى: مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية - مقالة منشورة فى مجلة القضاة - س٢٩ ع١ - ١٩٨٦ - ص٣٠١ - ٤٠٩.

١٣- إزالة خطأ التأويل:

القانون القضائى بقدر ما ينزعج من وجود خطأ تأويل القانون عملاً بقدر ما ينشغل – إذن – بإزالته، وبالتالى فهو يسند إلى القضاء وحده الاختصاص بإزالة هذا الخطأ الرسمى بأنواعه المختلفة، أى سواء كان هذا الخطأ خطأ إدارياً أو خطأ قضائياً أو خطأ تشريعياً.

وهذا الدور القضائى، ليس فقط دوراً مهماً للغاية، إنما أيضاً هو دور قائم بذاته، بل هو كذلك يقتضى بصفة خاصة أن يكون القضاء مستعداً له من الوجهة العلمية، وكفؤاً لأدائه من الوجهة المهنية، ومسئولاً عن أدائه بإطلاق، وذلك كالتالى:

١- فأولاً، وبالنسبة للاستعداد العلمى لأدائه قضاء، فإن مبدأ سمو القانون الإلهى المعاصر يعد واحداً من مبادئ النظام القضائى، مادام هو أحد مبادئ الظاهرة القانونية عامة.

وبهذا الاعتبار، فهو يقتضى أن يكون علم القضاة بالقانون، شاملاً العلم بالقانون الإلهى المعاصر على الأقل، أى شاملاً العلم بالدستور الإلهى المعاصر (القرآن) ولائحته التنفيذية (السنة) وبما فيهما من علم العلم بالقانون، أى علم تأويل القانون.

وهذا المبدأ الأخير، ليس فقط واحداً من مبادئ النظام القضائى منذ الثلث الأول من القرن السابع الميلادى، إنما هو أيضاً مبدأ مقنن فى اللائحة التنفيذية (السنة) للدستور الإلهى المعاصر (القرآن)، مصداقاً لحديث خاتم الرسل إلى معاذ حين بعثه قاضياً لليمن:

«قال: (كيف تقضى أن عُرض عليك قضاء؟). قال: أقضى بما فى كتاب الله. قال: (فإن لم تجد؟). قال: فبسنة رسول الله. قال: (فإن لم تجد؟). قال: أجتهد رأى ولا آلو. فضرب رسول الله ﷺ بيده على صدر معاذ وقال: (الحمد لله الذى وفق رسول الله لما يرضى رسول الله)»([1]). بل – حتى – المستفاد تأويلياً من هذا المبدأ المقنن ما يلى:

أ – قاعدة: لا قاض بلا علم بالقانون الإلهى المعاصر على الأقل، مصداقاً لقول خاتم الرسل: (.... قاض قضى بغير علم واستحيا أن يقول لا أعلم فهو فى النار) ([2]).

ب- وقاعدة: الاجتهاد القضائى بمعناه القانونى بمثابة استثناء، وبالتالى ليس للقاضى أن يلجأ إليه إلا فى حالة الضرورة، أى حالة نقص القانون la lacune dans la loi، وبالتالى فالقاعدة: أنه لا اجتهاد إلا فى حالة نقص القانون.

جـ- وقاعدة: لا اجتهاد قضائى بمعناه القانونى – حتى – فى حالة نقص القانون، إلا الاجتهاد وفق مبادئ وقواعد علم تأويل القانون، بحيث – حتى – لو أخطأ القاضى فإنه يؤجر، مصداقاً لقول خاتم الرسل: (إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر، وإن أصاب فله أجران).

([1]) أخرجه أحمد وأبو داود والترمذى.

([2]) الطرابلسى (علاء الدين): معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام. ط٢ – ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م – مطبعة مصطفى البابى بمصر – ص٨.

٢- **وثانياً**، بالنسبة للكفاءة المهنية لأداء هذا الدور القضائى، فإنها قد استلزمت وجود علم science إضافى للقضاة بصفة خاصة، هو «علم الفهم»، وذلك منذ القرن العاشر قبل الميلاد، أى منذ عصر داود وسليمان عليهما السلام، وقضية الحرث الشهيرة، مصداقاً لقوله تعالى بشأنها: **﴿وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ .... فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلاًّ آتَيْنَا حُكْماً وَعِلْماً ......﴾**([1]).

فالمستفاد تأويلياً من هذا النص، ما يلى:

أ - أن الفهم هو علم قضائى قائم بذاته، أى مستقل، حتى عن العلم بالقانون الإلهى، ولو أن مصدرهما معاً هو الله تعالى، الذى هو مصدر كل علم الإنسان، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿عَلَّمَ الإِنسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ﴾**([2]).

ب- وأن الفهم هو علم قضائى إضافى، أى زائد عن مجرد العلم بالقانون الإلهى([3]).

جـ- وأن الفهم هو علم قضائى لازم، أى من مستلزمات القضاة بصفة خاصة، وذلك منذ تلقى سليمان «القاضى» هذا العلم من ربه، وحتى الآن، مصداقاً لما قاله الخليفة عمر رضى الله عنه فى رسالته المشهورة حالياً برسالة القضاء، إلى قاضية أبى موسى الأشعرى: «القضاء فريضة محكمة وسنة متبعه فافهم إذا أدلى إليك بحجة..... الفهم الفهم فيما يختلج فى صدرك مما لم

([1-2]) ٧٨و٧٩/الأنبياء، ٥/العلق.

([3]) قرب: محمد متولى الشعراوى: السابق – ص٤٧١.

يبلغك فى الكتاب أو السنة.....فأعمد إلى أحبها عند الله وأشبهها بالحق فيما ترى.....»([1]).

وكذا، ما قاله قديماً أشهر قضاه عصره آنذاك، فيما روى من أنه: «قال رجل لإياس بن معاوية: علمنى القضاء. فقال إن القضاء لا يعلم، إنما القضاء فهم....»([2]).

فالمستفاد تأويلياً من ذلك، أنه لا يكفى للقضاة – حتى – مجرد العلم بمبادئ وقواعد علم تأويل القانون، إنما يلزم لهم أيضاً فهم العمل مهنياً بمقتضاها فى قضائهم، قضية بقضية بحسب الأحوال، وذلك بصرف النظر طبعاً عن خلو اللوائح الداخلية لكليات الحقوق فى العالم المعاصر بأسره، سواء من علم تأويل القانون بوجه خاص، أو من علم الفهم القضائى بوجه أخص.

٣- **وثالثاً**، وبالنسبة لمسئولية القضاء عن أداء هذا الدور بإطلاق، فإنها تشمل – حتى – إزالة الخطأ التشريعى فى التأويل، أى الخطأ الموجود فى التشريع الوضعى، وكل خطأ تأويل موجود فى التشريع الوضعى، وبصرف النظر عن نوع هذا التشريع، أى سواء كان الخطأ فى تشريع عادى أو فرعى، أو كان الخطأ – حتى – فى التشريع «الأساسى» الذى اشتهرت تسميته

([1]) أخرجه الدارقطنى، وابن عساكر، والبيهقى، وساقه الطرابلسى: المرجع السابق.

([2]) ابن قيم الجوزيه: الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية – ١٩٨٥ – مكتبة الإيمان – ص٣٨.

اختصاراً واصطلاحاً بـــ «الدستور»، أى خطأ التأويل الدستورى الموجود فى الدستور ذاته.

بل إن فكرة إزالة الخطأ «الدستورى» فى التأويل، هى الأسبق فى الوجود تاريخياً من غيرها من صور إزالة الخطأ التشريعى الوضعى فى التأويل. وينبغى أن يؤرخ علمياً لإزالة الخطأ فى التأويل الدستورى بوجه خاص، منذ عصر سليمان عليه السلام فى القرن العاشر قبل الميلاد.

فالثابت أن سليمان «القاضى» قد أزال خطأ «دستورياً» كان موجوداً آنذاك فى دستور دولة سبأ، الذى كان يجيز تولى المرأة للأعمال العامة، مصداقاً لقوله تعالى بشأن سليمان: **﴿قَالَ يَأَيّهَا الْمَلأُ أَيّكُمْ يَأْتِينِي بِعَرْشِهَا قَبْلَ أَن يَأْتُونِي مُسْلِمِينَ قَالَ عِفْرِيتٌ مّن الْجِنّ أَنَاْ آتِيكَ بِهِ قَبْلَ أَن تَقُومَ مِن مّقَامِكَ وَإِنّي عَلَيْهِ لَقَوِيّ أَمِينٌ قَالَ الّذِي عِندَهُ عِلْمٌ مّنَ الْكِتَابِ أَنَاْ آتِيكَ بِهِ قَبْلَ أَن يَرْتَدّ إِلَيْكَ طَرْفُكَ فَلَمّا رَآهُ مُسْتَقِرّاً عِندَهُ قَالَ هَــذَا مِن فَضْلِ رَبّي.....﴾**([1]).

والمستفاد تأويلياً من تلك النصوص الكريمة، أن موضوعها القانونى، هو ما يلى:

أ – أن الدور القضائى فى إزالة خطأ تأويل القانون، لا يقتصر على إزالة الخطأ الإدارى والخطأ القضائى فحسب، دون الخطأ التشريعى فى التأويل.

([1]) ٣٨-٤٠/النمل.

ب- وأن هذا الدور القضائى لا يقتصر - حتى - على إزالة الخطأ التشريعى فى التأويل والموجود فى التشريع العادى والتشريع الفرعى فحسب، دون الخطأ التشريعى الموجود فى الدستور ذاته.

جـ - وأن المبدأ هو: ليس للنسوة تولى الأعمال العامة فى أية دولة، ولو لم تكن هذه الدولة مسلمة، بل - حتى - لو كانت تعبد الشمس. وهذا المبدأ، ليس فقط مبدأ علمياً تقريرياً وبالتالى يعد واحداً من مبادئ علم تأويل القانون، إنما هو أيضاً مبدأ قديم وراسخ فى القانون الإلهى منذ القرن العاشر قبل الميلاد، بل هو كذلك مبدأ مقنن فى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن)، وفى لائحته التنفيذية (السنة)، مصداقاً لقول خاتم الرسل: (لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة)([1]).

لذا، فإن التشريعات القضائية المقارنة فى دول العالم بأسره حتى منتصف القرن الماضى، كانت تتبنى - بالتالى - مبدأ: ليس للنسوة تولى القضاء، على تقدير أن كافة أعمال القضاء هى - بطبعها - أعمال عامة، أى أن هذا المبدأ كان واحداً من مبادئ النظام القضائى المقارن، حتى فى العالم العربى والإسلامى، الذى لم يكن يلق بالاً إلى أقوال بعض «الدعاة» المتناثرة فى المدونات الكلاسيكية منذ عصر آل أمية، والتى تقول بعكس ما هو ثابت فى القانون الإلهى المعاصر، أى التى تجيز تولى المرأة للقضاء.

([1]) الألبانى: السابق - ص٩٢٨ رقم ٥٢٢٥.

المطلب الثالث

طبيعتها القضائية الأخص

١٤- خطأ تأويل يتعذر تداركه قضاء:

إذن، الأصل أن القضاء مختص بإزالة الخطأ الرسمى فى تأويل القانون. وهو مختص وحده بذلك، كما هو مختص بإزالة كل خطأ رسمى فى التأويل، وبصرف النظر عن نوعه، أى حتى لو كان هذا الخطأ موجوداً فى الدستور الوضعى ذاته.

وبهذا، فالمشكلة النظامية القضائية بمثابة خطأ غير عادى فى التأويل، لدرجة تعذر تداركه قضاء، أى لدرجة من المتعذر على القضاء إزالته، وبالتالى فإن وجوده مازال بمثابة مشكلة حقيقة «قائمة» فى النظام القضائى.

وبعبارة أخرى، لو لم تكن المشكلة النظامية القضائية بمثابة خطأ تأويل يتعذر تداركه قضاء، ما كانت مشكلة أصلاً، وهو الأمر الذى يقتضى تمييزها عن خطأ التأويل الذى لا يتعذر تداركه قضاء، أى الذى يمكن إزالته قضاء، والذى يشمل حالياً ما يلى:

أ – الخطأ الإدارى.

ب- الخطأ القضائى.

جـ- الخطأ التشريعى فى التأويل، إذا كان موجوداً فى تشريع عادى أو فى تشريع فرعى بحسب الأحوال.

والخطأ الإدارى فى التأويل، كان متعذراً تداركه قضاء فى مصر، حتى عام ١٩٤٦ تاريخ إنشاء القضاء الإدارى (مجلس الدولة) لأول مرة، ثم لم يعد خطأ متعذراً تداركه قضاء، وبالتالى لم يعد وجوده عملياً بمثابة مشكلة نظامية قضائية، إنما لم تلبث أن ظهرت صورة أخرى للخطأ القضائى فى التأويل، أى الخطأ القضائى فى تأويل قواعد الاختصاص القضائى لجهة المحاكم وجهة القضاء الإدارى معاً، وتلك هى المشكلة التى عرفت بمشكلة تنازع الاختصاص، والتى أسندت إلى محكمة تنازع الاختصاص، حتى عام ١٩٦٩.

كذلك الخطأ التشريعى فى التأويل، كان متعذراً تداركه قضاء فى مصر، حتى عام ١٩٦٩، تاريخ إنشاء المحكمة العليا لأول مرة، والتى حلت محلها المحكمة الدستورية العليا عام ١٩٧٩، وأسند إليها الاختصاص بإزالة الخطأ التشريعى الموجود فى تشريع عادى أو فى تشريع فرعى، فضلاً عن إزالة خطأ تأويل قواعد الاختصاص القضائى لجهة المحاكم أو لجهة القضاء الإدارى أو لهيئة ذات اختصاص قضائى بحسب الأحوال، وبالتالى لم يعد هذا الخطأ فى التأويل متعذراً تداركه قضاء، أى لم يعد وجوده عملياً بمثابة مشكلة نظامية قضائية، ولو أن مدونات «المدخل إلى القانون» مازالت تستعذب التأريخ لهذه المشكلة وتفرد له صفحات طويلة ([1]).

([1]) أنظر مثلاً: سمير عبد السيد تناغو: السابق – ص٣٤١ – ٣٦١ رقم ١٠٣ – ١٠٨.

١٥- أنواع المشكلة النظامية القضائية:

المشكلة النظامية القضائية تمخضت عن خطأ تأويل يتعذر تداركه قضاء، وبالتالى فأن أنواعها هى أنواعه، التى هى حالياً فى مصر ثلاثة أنواع، وذلك كالتالى:

١- خطأ تشريعى فى التأويل، إذا كان هذا الخطأ متعلقاً بتأويل «مبادئ الشريعة الإسلامية» وفق المادة ٢ من الدستور بعد تعديلها فى أوائل ثمانينيات القرن الماضى، وموجوداً فى تشريع عادى أو تشريع فرعى – بحسب الأحوال – صادر قبل هذا التعديل، وبالتالى ما زال وجود هذا الخطأ التشريعى عملاً، بمثابة مشكلة نظامية قضائية حتى الآن.

وهذه المشكلة خلقتها المحكمة الدستورية العليا بتواتر أحكامها([1]) على رفض الطعون المقدمة إليها بشأن هذا التشريع العادى أو الفرعى، على تقدير أن تعديل المادة ٢ من الدستور يسرى بأثر فورى ومستقبلاً أى على ما يصدر من تشريعات عادية أو تشريعات فرعية مستقبلاً، ولا يسرى بأثر رجعى على التشريعات العادية أو الفرعية الصادرة قبل التعديل، وبالتالى يظل إزالة خطأ التأويل الموجود فى هذه التشريعات من اختصاص المشرع، وليس من اختصاص المحكمة الدستورية العليا.

([1]) أنظر مثلاً: حكم المحكمة الدستورية – قضية ٢٠ لسنة ١ق. دستورية – جلسة ١٩٨٥/٥/٤، وفى القضية ٤٧ لسنة ٤ ق – جلسة ١٩٨٥/١٢/٢١، وفى القضية ٧٠ لسنة ٦٠ ق – جلسة ١٩٨٧/٤/٤.

٢- خطأ قضائى فى التأويل، من جانب المحكمة الدستورية العليا كما هو الشأن فى قضائها السالف ذكره، وذلك بمراعاة أمرين معاً:

أ - فالمحكمة لم تنتبه مطلقاً إلى أن نص المادة ٢ من الدستور يتعلق أساساً بمبدأ: سمو الدستور الإلهى المعاصر على التشريع الوضعى. وهذا المبدأ منصوص عليه فى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن) وذلك على نحو ما تقدم بيانه، وبالتالى فهو نافذ فى العالم العربى والإسلامى على الأقل، ولو لم يُنص عليه فى الدساتير الوضعية فى الدول العربية أو الإسلامية، أو كان - من باب أولى - منصوصاً عليه فى تلك الدساتير لكن بنصوص معيبة فى صياغتها، كما هو الشأن فى المادة ٢ من الدستور المصرى، سواء قبل أو بعد تعديلها فى الثمانينيات الماضية.

ب- كما أن المحكمة لم تنتبه مطلقاً إلى أن المبدأ السالف ذكره، يُعد واحداً من مبادئ الظاهرة القانونية المعاصرة، وبالتالى فهو واحد من مبادئ النظام البرلمانى (التشريع)، كما هو واحد من مبادئ النظام القضائى، ولو لم يكن - حتى - منصوصاً عليه فى القانون القضائى، وهو الأمر الذى يعنى أن الاختصاص بإزالة خطأ تأويل مبادئ الشريعة يقع على عاتق المحكمة الدستورية العليا، التى لا تملك أن تنكل عن هذا الاختصاص، ولا أن تلقى به على عاتق المشرع.

ولا ريب أن هذا الخطأ هو بطبعه خطأ قضائى، لكن مآله أن يصبح خطأ تشريعياً وذلك بنشره فى الجريدة الرسمية، ولو أنه خطأ

تأويل موجود فى تشريع «حكمى» فحسب، أى ليس موجوداً فى تشريع «حقيقى» صادر من البرلمان، إنما هو خطأ تشريعى على أى الأحوال.

وهو فى كل الأحوال، أى سواء كان خطأ قضائياً أو كان خطأ تشريعياً، خطأ فى التأويل يتعذر تداركه قضاء، وبالتالى قلنا فى مؤلف سابق أن النظام الحالى للمحكمة الدستورية العليا يتسم بالقصور ([1])، ويحتاج إلى دوائر استئنافية على الأقل.

٣- خطأ «دستورى» فى التأويل، أى خطأ التأويل الموجود عملاً فى التشريع «الأساسى» الذى اشتهرت تسميته اصطلاحاً واختصاراً بـــ «الدستور». وهذا النوع من خطأ التأويل له سمة «عالمية» معاصرة، التى ينبغى النظر إليه من خلالها وذلك كالتالى:

أ - فهو ليس موجوداً فى الدستور الوضعى المصرى فحسب، إنما موجود فى الدساتير الوضعية المقارنة، التى أصبحت بهذا بمثابة خنادق لتحصين الخطأ التشريعى فى التأويل .

ب- وهو من ثم بمثابة مشكلة «قائمة» فى النظم القضائية المقارنة، ومتحصنة دستورياً، أى متحصنة فى الدساتير الوضعية.

جـــ- وهو فى كل الدول بمثابة خطأ تأويل يتعذر تداركه قضاء، فلا يطاله الاختصاص القضائى فى أية دولة، ولا - حتى - اختصاص المحكمة العليا فى هذه الدولة.

([1]) أحمد حشيش: فكرة المحكمة العليا للأسلمة - ط٢- دار النهضة العربية - ٢٠٠٤.

ويقوم هذا الوضع القضائى العالمى المعاصر، على التقديرات الخاطئة التالية: أ – أن الظاهرة التشريعية الوضعية تستنفد وحدها الظاهرة القانونية العامة. ب – وأن فكرة سمو الدستور الوضعى على غيره من التشريعات الوضعية، هى إذن آخر المطاف فى الظاهرة القانونية. جـ– وأن المحاكم العليا فى دول العالم – كل فى دائرة اختصاصها الإقليمى – بمثابة الحارس لفكرة سمو الدستور الوضعى وحدها. د – وأن اختصاص أية محكمة عليا لا يطال إذن الدستور ذاته، الذى يضم أسمى القواعد ([1]).

ولم يشذ عن ذلك من المحاكم العليا فى العالم، سوى المحكمة العليا الألمانية مؤخراً، التى أجازت لنفسها بنفسها الاختصاص برقابة مدى توافق «قواعد» الدستور مع «مبادئه» العامة. وهذا الاتجاه القضائى لم يعدم من ينبهر به من رجال القضاء فى مصر حالياً ([2]). ربما على تقدير من جانبهم، بأن هذا الاتجاه بمثابة تطوير عصرى فى مفهوم سمو الدستور الوضعى، بحيث لم يعد هذا المفهوم يقتصر على مجرد سمو الدستور الوضعى على غيره من التشريعات الوضعية كما هو الشأن فى المفهوم التقليدى المعهود، إنما أصبح يشمل أيضاً فكرة سمو «مبادئ» الدستور الوضعى على «قواعده»

([1]) قارن مثلاً: سمير عبد السيد تناغو: السابق – ص٣٣٨ رقم ١٠١، ص٥٦٥ – ٥٦٦ رقم ١١٦.

([2]) أنظر مثلاً: المستشار شفيق إمام: مقالة منشورة فى الجريدة (صحيفة كويتية) – عدد ٩٩ – ٢٠٠٧/٩/٢٤.

بحيث تعتبر الرقابة القضائية على تلك القواعد بمثابة رقابة للدستورية، ولو بالمعنى الواسع.

١٦- تقييم المنهج القضائى الألمانى:

لكن انبهار بعض قضاتنا بالمنهج القضائى الدستورى الألمانى المستحدث، لا يجب أن يُلهينا عما فى هذا المنهج من مثالب، وما له من مآثر، وذلك كالتالى:

١- فيؤخذ عليه ثلاثة مآخذ ظاهرة للعيان: أ - أن فكرة التمييز بين «مبادئ» الدستور الوضعى و «قواعده»، ستظل فكرة غامضة ومبهمة للغاية، بالنظر إلى أن تلك المبادئ والقواعد معاً هى الدستور ذاته.

ب - وأن فكرة الرقابة على «مبادئ» الدستور الوضعى لا تقل ضرورة عن فكرة الرقابة القضائية على «قواعد» هذا الدستور ذاته، أى أن فكرة الرقابة القضائية على الدستور الوضعى - من حيث المبادئ والقواعد - أصبحت ضرورة عصرية ملحة للغاية، ولو أن هذه المشكلة تتجاوز بطبعها اختصاص المحاكم الدستورية العليا المعاصرة، أى أن نظام التخصص القضائى لتلك المحاكم لم يسمح لها بعد بتلك الرقابة القضائية. كلياً أو جزئياً.

جـ- أن فكرة سمو الدستور الوضعى قبل أو بعد تطويرها ألمانياً، لم تكن قط بمثابة نهاية المطاف بالنسبة للظاهرة القانونية، ولن تكون مستقبلاً هى نهاية المطاف إذن، إذا كانت الظاهرة القانونية

هى بطبعها من أملاك الله تعالى وحده على نحو ما تقدم بيانه، ولا تقتصر على مجرد الظاهرة التشريعية الوضعية.

٢- لكن سيظل للمنهج القضائى الدستورى الألمانى المستحدث، فضل توجيه الأنظار، إلى ثلاثة أمور، هى: أ - أن مشكلة الخطأ «الدستورى» فى تأويل القانون، أصبحت مشكلة واردة - حتى - فى العالم الغربى، ولو لم يلتفت إليها بعد سوى القضاء الدستورى الألمانى.

ب- وهذه المشكلة بمثابة مشكلة نظامية قضائية، أى مشكلة فى النظام القضائى، وتنم بالتالى عن قصور فى القانون القضائى المقارن، الذى لم يهيئ بعد ثمة وسيلة قضائية لإزالة هذا الخطأ الدستورى فى تأويل القانون.

جـ- وهذه المشكلة تثير التساؤل بإلحاح، عما هو «القانون» الذى يعد الخطأ فى تأويله بمثابة خطأ «دستورى» فى تأويل القانون، إذا لم يكن هذا القانون هو «القانون الإلهى المعاصر»، أو بالأحرى هو مبدأ: سمو القانون الإلهى على التشريع الوضعى أياً كان وأينما كان ووقتما كان؟

ولا يجب إذن أن يُلهينا أحد عن هذا المبدأ الذى هو أول مبادئ علم التأويل، ولو بفكرة «المواثيق الدولية» أو «العهود الدولية»(١)، التى هى بطبعها مجرد اتفاقات، ولو تمخضت بعد ذلك عن تشريعات

---

(١) قارن: سمير عبد السيد تناغو: السابق- ص٢٤٨ - ٢٦٠ رقم٧٩ - ٨١.

وضعية داخلية، إنما ستظل مجرد تشريعات «حكمية» فحسب، أى ليست تشريعات «حقيقة» صادرة مباشرة عن برلمان، ولو أنها تشريعات على أى الأحوال، ولها – من ثم – قوة التشريع العادى وليس أكثر، وبالتالى فهى تقبل الطعن عليها بعدم الدستورية عملاً بالقواعد العامة.

وحاصل ما تقدم، أن المشكلة النظامية القضائية باعتبارها خطأ تأويل يتعذر تداركه قضاء فى مصر، قد تمخضت عن خطأ تشريعى فى تأويل مبدأ سمو القانون الإلهى المعاصر، أو خطأ تشريعى فى تأويل «مبادئ الشريعة الإسلامية» حتى فى أحكام المحكمة الدستورية العليا.

المبحث الثالث

أثر

المشكلة النظامية القضائية

١٧- عرض وتقسيم:

المشكلة النظامية القضائية هى إذن خطأ تشريعى فى التأويل ويتعذر تداركه قضاء. وهى بهذا مشكلة قائمة بالفعل، وخطأ مستمر مستقبلاً، ومتنامى بمرور الزمان سواء فى التشريع الوضعى عامة أو فى قواعد النظام القضائى خاصة، وهو الأمر الذى يترتب عليه تباعاً تقزيم مبدأ سمو القانون الإلهى وتقزيم دور مبادئ الشريعة الإسلامية وكذا تقزيم قوة النظام القضائى، عملاً بقاعدة: ما بنى على خطأ

تأويل فهو خطأ تأويل.... لذا، فإن الدراسة فى هذا المبحث تتوزع على المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول

تقزيم

مبدأ سمو القانون الإلهى

١٨- خطأ دستورى فى تأويل المبدأ:

مبدأ سمو القانون الإلهى المعاصر (القرآن والسنة)، هو مبدأ مطلق، وبالتالى فأولوية هذا القانون هى أولوية مطلقة على كل تشريع وضفى، كما أن مرجعيته هى مرجعية مطلقة لكل تشريع وضعى. وهو مبدأ مطلق، ليس فقط من الوجهة الموضوعية، إنما أيضاً من الوجهة الزمانية، أى هو نافذ منذ نزوله فى الثلث الأول من القرن السابع الميلادى حتى قيام الساعة.

ومن ثم يُعد خطأ دستورياً يتعذر تداركه قضاء، تأويل هذا المبدأ المطلق فى ثمانينيات القرن الماضى، على أنه مبدأ نسبى فحسب، وذلك فى المادة ٢ من الدستور المصرى الحالى، وتقضى بأن: «.... مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع»، وذلك بمراعاة ما يلى بوجه خاص:

١- فهذا النص يُقنن – وضعياً – مرجعيه القانون الإلهى المعاصر بالنسبة للتشريع المصرى، ولا يُقنن أولوية هذا القانون على ذاك التشريع، رغم أن هذه الأولوية مقررة نصاً فى الدستور الإلهى

المعاصر (القرآن)، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرّسُولَ وَأُولِي الأمْرِ مِنْكُمْ.....﴾**. فالتشريع الوضعى أياً كان، هو عمل «أولى الأمر» التشريعى، وهو تال فى المرتبة للدستور الإلهى المعاصر (القرآن) ولائحته التنفيذية (السنة).

٢- وهو يُقنن - وضعياً - مرجعية «مبادئ» القانون الإلهى المعاصر، ولا يُقنن مرجعية «كل» القانون الإلهى المعاصر، رغم أن هذه المرجعية الكلية الأخيرة مقررة نصاً فى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن)، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرّسُولِ إِن كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً﴾**.

٣- بل هو - حتى - يُقنن - وضعياً - مرجعية «جزئية» لتلك المبادئ ولو كانت مرجعية «رئيسية»، ولا يُقنن مرجعة «شاملة ومفردة» لتلك المبادئ وحدها، وهو الأمر الذى يعنى بالبداهة أن مرجعية التشريع المصرى مشتركة بين مبادئ القانون الإلهى ومبادئ أخرى، ولو كانت هذه المبادئ الأخرى هى مبادئ «أيديولوجية» وتتناقض مع مبادئ القانون الإلهى.

بهذا، فإن نص المادة ٢ من الدستور المصرى لم يُقنن مبدأ سمو القانون الإلهى بإطلاقه، ولم يُقننه - حتى - نسبياً، إنما هو يُقنن فقط «نسبية» مرجعية مبادئ هذا القانون، رغم أن فكرة النسبية بالنسبة للقانون الإلهى المعاصر تعد أمراً محظوراً بصريح النص فيه، لما يترتب عليها من تجزئة هذا الدستور الإلهى وتبعيضه إلى

بعضين أحدهما يؤخذ به والآخر لا يؤخذ به، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: **﴿أَفَتُؤْمِنُونَ بِبَعْضِ الْكِتَابِ وَتَكْفُرُونَ بِبَعْضٍ فَمَا جَزَاءُ مَن يَفْعَلُ ذَلِكَ مِنكُمْ إِلاَّ خِزْيٌ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيَوْمَ الْقِيَامَةِ يُرَدُّونَ إِلَى أَشَدِّ الْعَذَابِ وَمَا اللَّهُ بِغَافِلٍ عَمَّا تَعْمَلُونَ﴾** (¹).

على أن هذه النسبية المحظورة تعتبر «مودة» معاصرة، تجرى بها ألسن من ينكرون مثلاً تلازم اللائحة التنفيذية (السنة) والدستور الإلهى المعاصر (القرآن) فى إطار القانون الإلهى، الذى يقصرونه على القرآن وحده. أو ينكرون مثلاً تبيان كل شئ فى الدستور الإلهى المعاصر، الذى قد ينسبون إليه التفريط فى شئ من ظواهر عصرنا........إلى آخره.

١٩- خطأ تشريعى فى تأويل المبدأ:

وما بنى على خطأ تأويل فهو بطبعه خطأ تأويل، كما هو الشأن - مثلاً - فيما سقناه سابقاً من أحكام صادرة عن المحكمة الدستورية العليا، التى جرت على نسبية مرجعية القانون الإلهى، حتى من الوجهة الزمانيه، وبالتالى تكون تلك المرجعية نافذة من تاريخ تعديل المادة ٢ من الدستور فى ثمانينيات القرن الماضى، وليس قبل هذا التاريخ.

وبهذا أزاحت المحكمة عن كاهلها عبء الرقابة على مدى موافقة التشريعات السابقة على هذا التاريخ لمبادئ القانون الإلهى

(¹) ٨٥/البقرة.

المعاصر، وكأن نفاذ تلك المبادئ فى مصر لم يبدأ إلا فى ثمانينيات القرن الماضى، أو كأن هذا النفاذ يتوقف على نص دستورى وضعى يقرره.

بينما الحقيقة أن تلك المبادئ نافذة منذ الثلث الأول من القرن السابع الميلادى فى الأمة العربية التى تعد مصر جزءاً منها بصريح نص المادة ١ من ذات الدستور المصرى، وتقضى بأن: «الشعب المصرى جزء من الأمة العربية». وتأويلياً، كان هذا النص كافياً لمحكمتنا العليا لتحديد النطاق الزمنى لنفاذ مبادئ الشريعة الإسلامية في مصر. لأن من ثوابت الأمة العربية – وبالتالى من ثوابت الشعب المصرى – أن مبدأ سمو القانون الإلهى المعاصر الذى ينظم أولوية ومرجعية هذا القانون، هو مبدأ نافذ منذ الثلث الأول من القرن السابع الميلادى، ولو لم ينص عليه فى الدساتير الوضعية.

لكن هذه المحكمة آثرت التمسك بفكرة سمو الدستور الوضعى، ولو على حساب مبدأ: سمو القانون الإلهى على التشريع الوضعى، وعلى حساب اختصاصها القضائى بحيث لا يطال خطأ التأويل فى تشريع «عادى»، رغم أنه خطأ تأويل «مبادئ الشريعة الإسلامية».

وهو موقف متناقض تماماً مع نظيرتها الألمانية، التى راحت تُوسع من اختصاصها القضائى بحيث يطال – حتى – خطأ التأويل فى «قواعد» الدستور الوضعى، رغم أنه مجرد خطأ تأويل «مبادئ الدستور الوضعى» فحسب.

وهكذا، فإن المحكمة المصرية لم تبارك فقط تقزيم مبدأ سمو القانون الإلهى واختزال أولويته، إنما تبارك أيضاً تقزيم مرجعيته واختزالها إلى مرجعية نسبية وجزئية، بل هى – حتى – تسهم فى هذا الشأن بتقزيم تلك المرجعية النسبية الجزئية، لدرجة قصرها عن التشريعات العادية والفرعية الصادرة قبل تعديل المادة ٢ من الدستور المصرى، علماً بأن مآل أحكام تلك المحكمة أن تصير تشريعات منشورة فى الجريدة الرسمية، ولو أنها تشريعات حكمية، لكنها تشريعات على أى الأحوال.

المطلب الثانى

تقزيم

دور مبادئ الشريعة الإسلامية

٢٠- خطأ تشريعى فى تأويل المبادئ:

التقنين المدنى الصادر فى مصر فى منتصف القرن الماضى، ما زال نافذاً حتى الآن، ومعتبراً بمثابة شريعة عامة بالنسبة لغيره من فروع القانون الخاص ([1]). وقد نصت المادة الأولى منه على ما يلى:

«١- تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف. فإذا لم

([1]) حسن كيرة: السابق – ص٧٢ رقم ٣٧.

يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية. فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة».

وهذا النص يعد خطأ فى تأويل المبدأ المقنن فى حديث خاتم الرسل إلى معاذ حين بعثه قاضياً لليمن، والذى بموجبه تكون الأولوية فى التطبيق القضائى هى للدستور الإلهى المعاصر (الكتاب) ثم للائحته التنفيذية (السنة)، ثم يواجه القاضى حالة نقص القانون.

والنص تقليد «زائف» لهذا المبدأ المقنن، وبالتالى فلا هو يُلغى هذا المبدأ الأخير، ولا هو يُغنى عنه مطلقاً، ولا هو – حتى – يتعايش معه إلا على اعتبار أن تلك النصوص الوضعية تُغنى القاضى عن الاجتهاد فى حال نقص القانون، ما لم تكن تلك النصوص الوضعية بدورها ناقصة وعندئذ فلابد للقاضى من الاجتهاد رجوعاً إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وحدها، وذلك بشرط ألا تكون تلك النصوص الوضعية مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية.

ومن ثم فإن هذا النص يعد – أيضاً – خطأ فى التأويل. إذ يُقنن مرجعية «جزئية» لتلك المبادئ، ولا يقنن لها مرجعية شاملة، أى لوحدها، وذلك على تقدير بأن تلك المبادئ أقل كمالاً – وبالتالى – أقل علو من «مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة»، التى هى بهذا تعد أكثر كمالاً وأكثر علواً، لدرجة عدم الرجوع إليها إلا إذا لم يوجد مبادئ فى الشريعة الإسلامية، وذلك الانطباع تؤكده مقولة البعض مؤخراً بأنه: «رغم أن صياغة هذا النص توحى بأن القانون الطبيعى

هو المصدر الاحتياطى الأخير.... فإن هذا المعنى لا يمكن الأخذ به، ولا يمكن أن يكون المشرع قد قصد الأخذ به» ([1]).

إذن هذا النص يُقنن قلة كمال - وبالتالى قله علو - مبادئ الشريعة الإسلامية بالنسبة لمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة، التى هى بهذا أكثر كمالاً وبالتالى أكثر علواً، وذلك أمر يتناقض تماماً مع قوله تعالى: **﴿مَّا فَرَّطْنَا فِي الكِتَابِ مِن شَيْءٍ﴾** ([2]) وكذا قوله: **﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَاناً لِّكُلِّ شَيْءٍ﴾**([3]).

بل إن هذا النص يعد كذلك خطأ فى التأويل فهو لا يُقنن مرجعية أصيلة لمبادئ الشريعة الإسلامية، إنما يُقنن مرجعية «ثانوية» لها، بحيث لا يرجع القاضى إليها إلا إذا لم يوجد عرف، الذى له بهذا مرجعية أصيلة بالنسبة لمبادئ الشريعة الإسلامية، ولو أن مرجعيته احتياطية بالنسبة للتشريع الوضعى، أى أن دور مبادئ الشريعة الإسلامية هو مجرد دور احتياطى الاحتياطى.

٢١- أثر تقزيم دور المبادئ عملاً:

إذن التقنين المدنى لم يعط «مبادئ الشريعة الإسلامية» إلا مجرد دور استثنائى وجزئى وثانوى واحتياطى بالنسبة لنصوصه، أى دور ضعيف للغاية، رغم أن هذا التقنين يؤم القانون الخاص privé، الذى يحكم دائرة التعامل الاقتصادى.

([1]) سمير عبد السيد تناغو: السابق - ص٢٤٠ رقم ٧٨.

([2-3]) ٣٨/الأنعام، ٨٩/النحل.

وبدهى أن لفظ «التعامل» هو اصطلاح مقنن فى المادة ١/٨١ و ٢ مدنى، أى هو اصطلاح تشريعى أصلاً، وله بالتالى مفهومه الاصطلاحى، الذى يصرفه الفقه إلى «دائرة التعامل الاقتصادى»([١])، التى هى بطبعها فكرة معيارية، لتحديد ما يجوز وما لا يجوز التعامل فيه اقتصادياً، سواء من الأشياء أو من الأعمال([٢]).

وتقزيم دور مبادئ الشريعة الإسلامية فى إطار تشريعات القانون الخاص فى مصر، قد أفرز ظواهر غير صحية فى دائرة التعامل الاقتصادى، تلك الظواهر التى تعد إذن مشكلات، والتى يمكن تصنيفها إلى نوعين:

أ – مشكلات كمية وسعرية، كالإغراق والاحتكار وغيرهما من صور الممارسات الاقتصادية غير المشروعة.

ب- مشكلات نوعية، تلك التى هى أكثر أهمية فى هذا المقام، كمشكلة التعامل بالربا، ومشكلة التعامل فى الخمر وتوابعه من المخدرات، ومشكلة التعامل فى الغناء وتوابعه من الموسيقى والرقص والتمثيل، ومشكلة التعامل – حتى – فى الإنسان إلى أن صدر قانون حظر التعامل (الاتجار) بالبشر، إنما ظهر قانون التعامل الاقتصادى فى أجزاء الإنسان ولو بطريق التبرع، أى قانون زراعة الأعضاء.

([١-٢])حسن كيرة: السابق – ص٧٠٤ – ٧٠٦ رقم ٣٦٤ – ٣٦٥، ص٧٢٣ رقم ٣٧٦ على التوالى.

وكــذا مــشكلة التعامــل فــى المنتجــات الفاســدة كليــاً أو جزئياً......الخ.

وهكذا، فإن الخطأ التشريعى فى تأويل دور مبادئ الشريعة الإسلامية فى نطاق القانون الخاص، قد أفضى تباعاً إلى ضعف دور التشريعات الوضعية حتى التشريعات الجنائية، فى مواجهة تلك المشكلات التى مازالت تتنامى بمرور الزمان. فما بالنا إذن، بأثر هذا الخطأ فى نطاق القانون العام([1])؟

المطلب الثالث

تقزيم

دور النظام القضائى

٢٢- فساد فى النظام القضائى:

المشكلة النظامية القضائية هى بطبعها تناقض، أى جمع بين نقيضين داخل النظام القضائى، ومآله حتماً إلى فساد داخلى فى هذا النظام، وذلك بمراعاة الأمرين التاليين:

١- النقيضان لا يجتمعان معاً. لأنهما لا يتساويان أبداً ولا يستويان مطلقاً. وهذه الحقيقة تعد من الحقائق الأولية للعلم. وهى مقننة منذ الثلث الأول من القرن السابع الميلادى فى الدستور الإلهى

([1]) أنظر: أحمد حشيش: مركز الشعب والدولة والرئاسة والبرلمان واللغة العربية فى ضوء مبدأ سمو القانون الإلهى – دار النهضة العربية – ٢٠١٠.

المعاصر (القرآن)، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لاَ يَعْلَمُونَ﴾**(١)، أى أن العلم science واللاعلم non-science نقيضان، فلا يتساويان أبداً، ولا يستويان مطلقاً، ولا يجتمعان معاً، إلا على حساب مبدأ: عدم جواز التناقض، أى بالمخالفة لهذا المبدأ الذى هو واحد من مبادئ النظرية العامة للعلم، وينبغى إذن أن يكون واحداً من مبادئ إلى نظام «علمى» للقضاء بوجه عام.

٢- إذا اجتمع النقيضان معاً فى أمر واحد، فمآله حتماً إلى فساد، حتى لو كان هذا الأمر هو السماء أو الأرض أو هما معاً، وتلك الحقيقة تعد من الحقائق الأولية للعلم. وهى بدورها مقننة منذ الثلث الأول من القرن السابع الميلادى فى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن)، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَآ آلِهَةٌ إِلاَّ اللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾**(٢).

وبهذا، فإن المشكلة النظامية القضائية باعتبارها تناقضاً، إنما ترتب فساداً داخلياً فى النظام القضائى، رغم أن الفساد بوجه عام هو – بحسب الأصل – أمر محظور قانوناً. وهذه القاعدة الأخيرة مقننة فى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن)، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿وَاللَّهُ لاَ يُحِبُّ الفَسَادَ﴾**(٣)، وقوله تعالى: **﴿وَأَحْسِن كَمَآ أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ وَلاَ تَبْغِ الْفَسَادَ فِي الأَرْضِ﴾**(٤).

(١-٢) ٩/ الزمر، ٢٢/ الأنبياء.

(٣-٤) ٢٠٥/ البقرة، ٧٧/ القصص.

لذا قلنا فى مقدمة المؤلف الراهن أن دراسة المشكلات النظامية القضائية تعد ضرورة عصرية ملحة حالياً فى مصر، فى ظل الشعار المرفوع حالياً، أى شعار الإصلاح الشامل.

٢٣- خور فى النظام القضائى:

المشكلة النظامية القضائية ليست فقط خطأ تشريعاً فى تأويل القانون، إنما هى أيضاً خطأ يتعذر تداركه قضاء.

وهذا الخطأ، وإن كان متعذراً على القضاء تداركه حتى الآن، لكن ليس من المستحيل على هذا القضاء تداركه، أى الأصل أن يكون فى إمكان القضاء تدارك هذا الخطأ، حتى لو كان خطأ دستورياً، أى خطأ موجوداً فى الدستور الوضعى ذاته، الذى هو ليس أكثر من تشريع وضعى.

وبهذا، فالمشكلة النظامية القضائية، إذ تتمخض عن تعذر تدارك القضاء لخطأ التأويل فى حالات معينة، فهى ترتب خوراً فى قوة النظام القضائى. وهذا الخور لم يعدم من يُجسده لغوياً فى الغرب وفى خارجه، بمقولة أن القانون القضائى هو قانون «شكلى» أو «مختلط» أو «وسيلى» أو «تالى»، نسبه إلى القانون الموضوعى.

لكن هذه المقولات ليست أكثر من خطأ «فقهى» فى تأويل ماهية الظاهرة القانونية العامة. فهى تتكون من الظاهرة التشريعية (الكتاب) والظاهرة القضائية (الميزان)، وهما ظاهرتان لازمتان، ومتلازمتان معاً، ومصدرهما واحد هو الله تعالى، وغايتهما واحدة وهى القسط بوجهيه اللذين أحدهما عام مجرد هو العدل justice

والآخر خاص مخصص وهى العدالة L'équité، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ (١).

كما أن موضوعها واحد، وهو «الحكم» بوجهيه اللذين أحدهما عام مجرد هو الحكم «التشريعى» والآخر خاص مخصص هو الحكم «القضائى»، وهما معاً من أملاك الله تعالى وحده مصداقاً لقوله تعالى: ﴿إِنِ الْحُكْمُ إِلاَّ لِلَّهِ﴾(٢)، أى أن الظاهرة القانونية العامة بوجهيها التشريعى (الكتاب) والقضائى (الميزان) من أملاك الله تعالى وحده.

فالمستفاد تأويلياً من ذلك، أن الظاهرة القضائية - شأنها شأن الظاهرة التشريعية - هى «نصف» الظاهرة القانونية العامة، من حيث الوزن النسبى قانوناً، وبصرف النظر عن تلك المقولات الغربية الشائعة فى الأدبيات حتى الآن، والتى تُلهينا عما يجب أن يكون عليه النظام القضائى.

٢٤- ضعف فى النظام القضائى:

المشكلة النظامية القضائية، إذ هى فساد وخور داخل النظام القضائى، فهى إذن ضعف داخلى فى هذا النظام.

وهذا الضعف لم يعدم من يُجسده لغوياً فى الغرب وفى خارجه حالياً، ولو بمقولة أن «مركز» النظام القضائى لا يمثل أكثر من

(١-٢) ٢٥/ الحديد، ٥٧/ الأنعام وكذا ٤٠/ يوسف و ٦٧/ يوسف.

«الثلث» إن لم يقل عن ذلك، نسبة إلى السلطة الثلاثية أو الثنائية للدولة بحسب الأحوال، رغم أن هذه المقولة مغلوطة تأويلياً، وذلك للأسباب التالية:

١- فمركز النظام القضائى لا يقل عن النصف فى إطار الظاهرة القانونية العامة، وذلك على نحو ما تقدم بيانه.

٢- وهذا الضعف فى النظام القضائى يخالف مبدأ: عدم جواز إضعاف القضاء، ولو من زاويته الشخصية على الأقل. وهذا المبدأ مقنن منذ الثلث الأول من القرن السابع الميلادى، فى اللائحة التنفيذية (السنة) للدستور الإلهى المعاصر (القرآن)، مصداقاً لحديث خاتم الرسل فيما رواه أبو ذر الغفارى رضى الله عنه، بقوله: «قلت يا رسول الله: ألا تستعملنى ؟. فضرب بيده على منكبى ثم قال: (يا أبا ذر إنك ضعيف. وأنها أمانة، وإنها يوم القيامة خزى وندامه. إلا من أخذها بحقها وأدى الذى عليه فيها)»(١)،(٢). وكذا حديثه ﷺ: (يا أبا ذر إنى أراك ضعيفاً، وإنى أحب لك ما أحب لنفسى. لا تتأمرن على اثنين. ولا تولين مال يتيم) (٣).

٣- كما أن هذا الضعف فى النظام القضائى يواكبه حتماً – وفى نفس الوقت – ضعف فى قوة المتقاضى ذاته، وذلك بالمخالفة للمبدأ

---

(١) السيد سابق: الإشارة السابقة.

(٢-٣)الألبانى: السابق – ص١٢٩١ رقم ٧٨٢٣ و ٧٨٢٥ على التوالى.

المقنن منذ الثلث الأول من القرن السابع الميلادى، أى مبدأ: أفضلية القوة على الضعف بالنسبة للمؤمن بوجه عام.

وهذا المبدأ فى اللائحة التنفيذية (السنة) للدستور الإلهى المعاصر (القرآن)، مصداقاً لقول خاتم الرسل: (المؤمن القوى خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف.....)[1].

وحاصل ما تقدم أن المشكلة النظامية القضائية ترتب فساداً وخوراً وضعفاً فى قوة النظام القضائى، أو – بالأحرى – فى مناطه بوجهيه اللذين أحدهما هو التخصص القضائى بمعناه العام والآخر هو حق التقاضى. لأنها فى الأصل انتهاك لهذين المبدأين.

على أن لكل مشكلة من مشكلتى انتهاك التخصص القضائى وانتهاك حق التقاضى، ظواهرها المتعددة والمتباينة، والتى تُعد كل ظاهرة منها بمثابة مشكلة فرعية قائمة بذاتها، ولو أننا قد آثرنا أن ندرس تلك الظواهر معاً فى دراسة جامعة لها، لكى يكون تحت نظر القارئ الحقائق الثلاث التالية:

أ – أن هذه المشكلات قد خلقها المشرع الوضعى خلقاً، أى اصطنعها اصطناعاً، سواء المشرع الدستورى أو المشرع العادى بحسب الأحوال، والذى جعل بالتالى من المتعذر على القضاء إزالة تلك المشكلات، أى جعل القضاء عاجزاً عن إزالتها.

---

(1) الألبانى: السابق – ص١١٢٩ رقم ٦٦٥٠.

ب – أن تلك المشكلات لا تتناقص بمرور الزمان، إنما هى تتنامى تباعاً، سواء من الوجهة العددية أو من الوجهة النوعية. فمثلاً، البرلمان لا يسلب فقط من القضاء اختصاصه بدعوى صحة عضوية البرلمان، إنما يسلب أيضاً منه اختصاصه بدعوى رفع الحصانة عن عضو البرلمان، بل يسلب كذلك منه اختصاصه بدعوى الطعن على قرار سحب الثقة من هذا العضو.

جـ – فلا يجب إذن أن تُلهينا فكرة «التعاون» بين السلطات العامة، عن ضبط الحدود التى يجب أن يطالها سلطان القضاء وسلطان حق التقاضى، وذلك هو ما يطمح المؤلف الراهن إلى توجيه الأنظار إليه فى مطلع العقد الثانى من الألفية الثالثة.

الفصل الثانى

انتهاك

مبدأ التخصص القضائى

٢٥- عرض وتقسيم:

مبدأ التخصص القضائى، إذ هو عنصر فى مناط النظام القضائى، فهو إذن واحد من مبادئ هذا النظام ذاته. والمشكلة النظامية القضائية قد تتعلق بهذا المبدأ، وتكون بالتالى انتهاكاً له.

وهذا الانتهاك موجود حالياً فى مصر، وله مظاهر متعددة ومتباينة، وتتمثل فى ظاهرة قضاء الشخصيات اللاقضائية. وظاهرة القضاء المختلط، وظاهرة الأعمال اللامهنية التى تباشرها المحاكم العليا أو القضاة بحسب الأحوال.

ومن ثم، فإن محتويات الفصل الراهن تتوزع على مباحث ثلاثة، يسبقها المطلب التمهيدى، وذلك كالتالى:

المطلب التمهيدى: مبدأ التخصص القضائى.

المبحث الأول: ظاهرة قضاء الشخصيات اللاقضائية.

المبحث الثالث: ظاهرة القضاء المختلط.

المبحث الرابع: ظاهرة الأعمال اللامهنية للمحاكم والقضاة.

المطلب التمهيدى

مبدأ

التخصص القضائى

٢٦- عرض وتقسيم:

فكرة التخصص القضائى بمعناه العام، ليست معروفة فى الفقه المقارن، الذى قد يقصرها على التخصيص للقضاء، أو يقصرها على الاختصاص بالقضاء، أو يقصرها على التخصص القضائى بمعناه الشخصى، بحسب الأحوال، وبالتالى فإن هذا الفقه لم ينظر إليها بعد باعتبارها مناطاً للنظام القضائى، وذلك على التفصيل التالى:

الفرع الأول

التخصص القضائى

والتخصيص للقضاء

٢٧- مشكلة فقهية:

التخصيص للقضاء ليس أكثر من عنصر فى التخصص القضائى، الذى لا تستنفده فكرة التخصيص للقضاء، التى اشتهرت تسميتها فى الأدبيات المعاصرة فى الغرب وفى خارجه بـــ «السلطة القضائية»، وبالتالى فلا يكفى عند تحديد «طبيعة» النظام القضائى أو تحديد موطنه أكاديمياً، أن ننظر إلى هذا النظام من منظور تلك السلطة.

وبهذا، فلا يجب أن نساير الفقه الفرنسى فى نظرته إلى النظام القضائى من منظور فكرة السلطة القضائية وحدها، ولو قيل بشأن هذا الفقه مدحاً وانتقاداً له فى نفس الوقت، أنه: «يعود الفضل فى اعتبار النظام القضائى من الموضوعات الداخلة فى نطاق قانون المرافعات إلى الفقه الفرنسى.....ولاشك أنه من الناحية العلمية الدقيقة، يتجاوز النظام القضائى موضوعات قانون المرافعات..»[1].

كما لا يجب – من باب أولى – أن نساير الفقه الإنجليزى فى نظرته إلى النظام القضائى من منظور فكرة السلطة «العامة»، ولو قيل بشأن هذا الفقه: «فى كثير من القوانين الأجنبية مثل القانون

---

(١) محمد عبد الخالق عمر: السابق – ص٣.

الإنجليزى، لا يعتبر النظام القضائى من موضوعات قانون المرافعات. ولكنه يعتبر من موضوعات القانون الدستورى، أو من موضوعات النظام القانونى The legal system، أو من موضوعاً قائماً بذاته «Administration of instice» ([1]).

فالحقيقة أن النظام القضائى هو موضوع القانون القضائى droit judiciaire، وبالتالى فإن من موضوعات هذا القانون فكرة التخصيص للقضاء (فكرة السلطة القضائية)، ولو ورد النص عليها فى الدستور الوضعى.

٢٨- تأصيل فكرة التخصيص للقضاء:

التخصيص للقضاء عنصر فى التخصص القضائى، الذى هو نوع فى جنس التخصص الوظيفى بمعناه العام.

فوجود السلطة القضائية واستقلالها قائمان على مبدأ: التخصص الوظيفى، الذى يعد التخصص القضائى نوعاً فى جنسه، والذى هو بطبعه فكرة وظيفية استوجبت تقسيم العمل عامة، وتقسيم «العمل العام» بصفة خاصة، كما هو – فى نفس الوقت – فكرة معيارية استوجبت تقسيم العمل العام بحسب التخصص الوظيفى.

وبهذا، فإن التخصص الوظيفى هو الذى استوجب تعدد السلطات العامة وتباينها وظيفياً بحسب تخصيصها، كما استوجب بالتالى الفصل بين تلك السلطات بعضها عن بعض، أى استوجب

([1]) محمد عبد الخالق عمر: السابق – ص٣.

استقلالها عن بعضها وإزاء بعضها، بما فى ذلك السلطة القضائية، وبالتالى نصت – مثلاً – المادة ١٦٥ من الدستور المصرى الحالى على أن: «السلطة القضائية مستقلة.....».

٢٩- مدلول التخصيص للقضاء:

إذن التخصيص للقضاء يعنى ثلاثة أمور معاً، هى كالتالى:

١- وجود سلطة عامة قائمة بذاتها، أى مستقلة، هى السلطة القضائية، أى السلطة المخصصة وظيفياً للقضاء، أو بالأحرى هى السلطة العامة المخصصة وحدها للقضاء وحده.

٢- وهذه السلطة لا تشرع ([١]) ولا تدير ([٢])، لأنها ليست مخصصة وظيفياً للتشريع، ولا – حتى – للإدارة بمعناها العام، أى هى مخصصة وظيفياً لغير التشريع ولغير الإدارة العامة.

٣- وهذه السلطة تقضى Faire justice، وتقضى فحسب، وتقضى وحدها، فلا يقضى غيرها – حتى – من السلطات العامة، لا بطريقة مباشرة، ولا بطريقة غير مباشرة، وبالتالى نصت – مثلاً – المادة ١٦٦ من الدستور المصرى على أنه: «لا يجوز لأية سلطة التدخل فى القضايا أو فى شئون العدالة». والأصل أن هذا الحظر الأخير، هو حظر مطلق.

([١-٢])عبد الحميد أبو هيف: المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائى فى مصر – ١٩٢١ القاهرة – ص١١٧ – ١١٨ رقم ٩٧، ص١١٩ – ١٢٠ رقم ٩٩ على التوالى.

الفرع الثانى

التخصص القضائى

والاختصاص بالقضاء

٣٠- مشكلة فقهية:

الاختصاص بالقضاء ليس أكثر من عنصر فى التخصص القضائى، الذى لا تستنفده فكرة الاختصاص بالقضاء، التى اشتهرت تسميتها اصطلاحاً بـ «الاختصاص القضائى»، واختصاراً «الاختصاص»، وبالتالى لا يكفى عند تحديد «طبيعة» النظام القضائى أو تحديد «موطنه» أكاديمياً، أن ننظر إلى هذا النظام من منظور فكرة الاختصاص القضائى وحدها.

ولا يجب إذن أن نساير الفقه الفرنسى الذى ما زال ينظر إلى النظام القضائى من منظور فكرة الاختصاص القضائى، ولو قيل بشأن هذا الفقه: «....يعود الفضل فى اعتبار النظام القضائى من الموضوعات الداخلة فى نطاق قانون المرافعات إلى الفقه الفرنسى..... والعادة جرت على معالجة النظام القضائى فى إطار قانون المرافعات، فقد أدى ذلك إلى الاهتمام بصفة أساسية بالنظام القضائى المدنى، والإشارة إلى القضاء الإدارى والقضاء الجنائى بصفة عرضية» ([1]).

فالحقيقة أن الاختصاص القضائى مجرد عنصر فى مناط النظام القضائى، الذى هو بطبعه موضوع القانون القضائى، وبالتالى فالأصل أن الاختصاص القضائى من موضوعات القانون القضائى،

([1]) محمد عبد الخالق عمر: الإشارة السابقة.

الذى لا يستنفده قانون جهة المحاكم (المدنية والتجارية والجنائية والاقتصادية)، ولا يستنفده من باب أولى قانون المرافعات المدنية والتجارية، الذى هو مجرد فرع من فروع قانون جهة المحاكم.

والحقيقة أيضاً أن جهة المحاكم لا تستنفد فكرة الجهات القضائية العامة فى مصر، ولا القضاء الإدارى أو القضاء الدستورى أو – حتى – القضاء أو العسكرى موجود فى النظام القضائى المصرى بصفة عرضية، إنما هذه الجهات العامة للقضاء موجودة فى ذاك النظام بصفة أصلية.

٣١- مدلول الاختصاص بالقضاء:

إذن الاختصاص بالقضاء يعنى أولاً أن هذا الاختصاص هو اختصاص قائم بذاته، أى مستقل، عن الاختصاص التشريعى من جانب وعن الاختصاص الإدارى من جانب آخر.

وهو يعنى ثانياً أن الاختصاص القضائى، لا هو اختصاص بالتشريع ولا هو اختصاص بالإدارة العامة الذى اشتهرت تسميته فقهياً منذ مطلع القرن الماضى بـــ «حكومة القضاة».

وهو يعنى ثالثاً أن الاختصاص القضائى هو اختصاص شامل لكل اختصاص بالقضاء، ولكل القضاء – حتى – القضاء فى المنازعات الإدارية والمنازعات التشريعية الوضعية، وبالتالى نصت – مثلاً – المادة ٢/٦٨ من الدستور المصرى على أنه: «يُحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء». وقياساً عليه، فلا يجوز تحصين أى تشريع وضعى من

رقابة القضاء، حتى لو كان هذا التشريع هو التشريع «الأساسى» الذى اشتهرت تسميته اصطلاحاً واختصاراً بـــ «الدستور».

الفرع الثالث

تعريف

التخصص القضائى

٣٢- ثلاثة عناصر:

التعريف العلمى للتخصص القضائى بمعناه العام، هو تعريفه نسبة إلى فكرة القضاء بوجه عام، كيما يكون هذا التعريف جامعاً للعناصر الثلاثة للتخصص القضائى، ومانعاً من اختلاط هذا التخصص بغيره.

والتخصص القضائى نسبة إلى فكرة القضاء بوجه عام، هو التخصيص للقضاء، والاختصاص به، والتخصص مهنياً فيه، وذلك على وجه العموم والخصوص، وعلى وجه الانفراد والاستئثار.

٣٣- مبدأ عام:

والتخصص القضائى بهذا المعنى العام خاضع لمبدأ، هو عدم جواز التفويض فيه (١)، أو الانتقاص من نطاقه، أو الإضافة إليه، ولو فى صورة إعطاء إفتاءات (استشارات) قانونية (٢)، أو فى صورة إشراف على انتخابات .. الخ.

---

(١) محمد فؤاد مهنا: سياسة الإصلاح الإدارى وتطبيقاتها - ١٩٧٨ - دار المعارف - ص٢٦٠ - ٢٦٧.

(٢) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى: النقض فى المواد المدنية والتجارية - ١٩٣٨ القاهرة - ص٦ رقم ٣.

المبحث الأول
ظاهرة
قضاء الشخصيات اللاقضائية

٣٤- تمهيد :

هى ظاهرة الفصل فى المنازعات الذى تتولاه شخصيات عامة ليسوا قضاة حاليين أو – حتى – سابقين، وبالتالى فهى بمثابة انتهاك لمبدأ: التخصص القضائى، سواء كانت تلك الشخصيات العامة تتولى هذا الفصل فى النزاع منفردة أى لوحدها، أو كانت تتولاه مناصفة فحسب، أى تشارك فى نصفه على الأقل، لأن الأمر فى الحالتين ينطوى على إنهاك للسلطة القضائية، ولو أن هذه الظاهرة لن تعدم من يدافع عنها أو – حتى – يُفلسف وجودها، ولو بمقولة إسهام الشعب فى إقامة العدالة.

المطلب الأول
قضاء
الشخصيات العامة منفردة

٣٥- قضاة البرلمان ومجلس الشورى :

الدستور يُنصب البرلمان بأعضائه من الشخصيات العامة، قضاة، ولو لم يكن يفصل إلا فى مسألة صحة عضويته، وبالتالى نصت المادة ٩٣ من هذا الدستور على ذاك النظام، وذلك بقولها: «يختص المجلس بالفصل فى صحة عضوية أعضائه .... ولا تعتبر العضوية باطلة إلا بقرار يصدر بأغلبية ثلثى أعضاء المجلس».

وأيضاً، هذا الدستور منذ تعديله عام ١٩٨٠ يُنصب مجلس الشورى بأعضائه من الشخصيات العامة، قضاة، ولو كان بدوره

لا يفصل إلا فى مسألة صحية عضويته، وبالتالى نصت المادة ٢٠٥ منه، على أنه «تسرى فى شأن مجلس الشورى الأحكام الواردة بالدستور فى المواد ..... و ٩٣ ..... على أن يباشر الاختصاصات المقررة فى المواد المذكورة مجلس الشورى ورئيسه».

وهذا النظام تقليد موروث عن دستور ١٩٢٣، ولو أن المادة ٩٥ منه لم تكن تحظر إسناد هذا الاختصاص القضائى إلى سلطة أخرى يعينها القانون، وبالتالى كانت تنص على أنه: «يختص كل مجلس بالفصل فى صحة نيابة أعضائه. ولا تعتبر النيابة باطلة إلا بقرار يصدر بأغلبية ثلثى الأصوات. ويجوز أن يعهد القانون بهذا الاختصاص إلى سلطة أخرى».

والنص الأخير لم يكن يُحظر إسناد هذا الاختصاص القضائى إلى سلطة أخرى، استجابة منه للتطور الذى حدث فى هذا الشأن – حتى – فى إنجلترا التى هى مهد فكرة البرلمان الغربى. إذ لوحظ ما يلى:

أ – أن كافة البرلمانات فى العالم قد مارست هذا الاختصاص القضائى، دون التزام – حتى – بأدنى المعايير الموضوعية، أى كانت ومازالت تلك البرلمانات تمارسه بمعايير حزبية بحتة([1])، أى معايير تخلو تماماً من الحيدة والغيرية والموضوعية.

([1]) أنظر بتفصيل: حسن البدراوى: طعون صحة العضوية بين البرلمان والقضاء – مجلة التشريع – وزارة العدل – س١ ع٢ يونيه ٢٠٠٤ – ص٤٥–٥٣.

ب – وانجلترا مهد هذا التقليد قد عدلت عنه منذ عـــام ١٨٦٧ وتبعتها دول أخرى كثيرة ولو لم تتبعها فرنسا([1])، أى أن انجلترا ذاتها قد عدلت عنه قبل أكثر من نصف قرن من دستور ١٩٢٣.

جـ – والبرلمان الإنجليزى فى الفترة من عام ١٦٠٤ حين أصبح برلماناً لأول مرة حتى عام ١٨٦٧، أى طوال أكثر من مائة وستين عاماً لم يكن يحوز هذا الاختصاص القضائى باعتباره حقاً له، إنما كان يحوزه لأنه لم يكن حقاً للملك، الذى كان يحوزه قبل عام ١٦٠٤، ولو أنه فى الأصل حق للقضاء([2]).

٣٦– تطور عكسى فى مصر :

ورغم أن دستور ١٩٢٣ لم يكن منحازاً فى هذا الاختـــصاص القضائى للتطور الإنجليزى مائة بالمائـــة، ولا – حتـــى – للتقليـــد الفرنسى مائة بالمائة، لكن ابتداء من دستور ١٩٥٦ حتـــى دســـتور ١٩٧١ فى مصر، انحاز المشرع إلى التقليد الفرنسى مائة بالمائـــة، فخص البرلمان وحده بهذا الاختصاص القضائى.

هذا التقليد الفرنسى، لم يعدم من يدافع عنه، ويُفلسف وجـــوده، ولو بمقولة أن مبدأ الفصل بين السلطات يقتضى وجود هذا القاضى ولو كان قاضياً غير طبيعى، وذلك على تقدير بأن هذا المبدأ يعنـــى سيادة البرلمان بإطلاق.

([1-2]) أنظر بتفصيل: حسن البدراوى: الإشارة السابقة.

والحقيقة أن مبدأ الفصل بين السلطات لا يعنى فقط سيادة البرلمان، إنما يعنى أيضاً سيادة السلطة القضائية، التى هى السلطة المخصصة وحدها دون غيرها للقضاء والمختصة به والمتخصصة فيه، وبالتالى لا يجوز – حتى – للبرلمان أن يتدخل فى القضايا، ولو تعلقت بصحة عضويته، أو برفع الحصانة عن عضو من أعضائه.

كما أن هذا المبدأ لم يتقرر فقط لصالح التخصص التشريعى، إنما تقرر أيضاً لصالح التخصص القضائى، الذى يُحظر على المحاكم قاطبة إعطاء إفتاءات (استشارات) قانونية، وذلك على تقدير أن هذه المحاكم ليست دوراً للإفتاء. ومن ثم كان الواجب على المشرع الدستورى ألا يُجبر محكمة النقض للعمل مستشاراً فى «بلاط» البرلمان أو فى بلاط مجلس الشورى، ولو لإبداء رأى قانونى فى صحة عضويته، وذلك على نحو ما نص عليه فى المادة ٩٣ وتقضى بأن: «تختص محكمة النقض بالتحقيق فى صحة الطعون ... وتعرض نتيجة التحقيق والرأى على المجلس ....».

٣٧- طبيعة قرار البرلمان :

الفقه لم يلتفت بعد إلى أن المشرع الدستورى فى المادة ٩٣ قد انتهك مبدأ التخصص القضائى مرتين، وليس مرة واحدة. إذ سلب من هذا التخصص بعض منازعات، ولو استثناء، لكنه سلب اختصاصاً قضائياً على أى الأحوال. وأجبر محكمة النقض على أن تعمل مستشاراً فى «بلاط» البرلمان مرة وفى «بلاط» مجلس الشورى مرة أخرى، ولو استثناء، لكنه مخالفة لمقتضيات مبدأ التخصص القضائى على أى الأحوال.

فلو التفت الفقه إلى ذلك، ما أضاع وقته فى البحث عن «طبيعة» قرار البرلمان أو قرار مجلس الشورى فى هذا الشأن،

خاصة أن هذا القرار لا طبيعة له إلا طبيعة المخالفة القانونية. كما أن الفقه الإجرائى لا عليه إن لم يساير المشرع فى مخالفته للمبادئ القانونية، حتى لو كان هو المشرع الدستورى.

ومن ثم، فإن الفقه لم يجد لهذا القرار طبيعة قضائية وفق أى معيار من المعايير التقليدية للعمل القضائى، وذلك على اعتبار أنه «وفقاً لقانون مجلس الشعب، يتم الفصل فى صحة عضوية أعضائه وفقاً لإجراءات وضمانات القضاء. وهذا يكفى وفقاً للمعيار الموضوعى والمعيار الشكلى، لاعتبار القرار الصادر فى صحة العضوية قراراً قضائياً. ولكن من الممكن الرد على ذلك، بأن مجلس الشعب يجرى كثيراً من التحقيقات يراعى فيها ضمانات العدالة ...، ولم يستطع أحد أن يقول أن القرارات الصادرة بناء على هذه التحقيقات تعتبر قرارات قضائية. فلماذا تعتبر القرارات الخاصة بالعضوية قرارات قضائية، ولا تعتبر القرارات الصادرة بناء على التحقيقات الأخرى قرارات قضائية؟»([1]).

بل – حتى – هذا الفقه تخلى عن المسألة تاركاً إياها للقضاء، بمقولة: «.... ولما كانت نصوص التشريع أو العرف لا تسعف فى تحديد طبيعة القرار الصادر فى هذا الشأن، فإن القضاء وحده هو الذى يملك أن يقرر ما إذا كان ..... مجلس الشعب وهو يفصل فى صحة عضوية أعضائه، يعتبر محكمة خاصة، أو بعبارة أخرى يعتبر محكمة ذاتية، تصدر قرارات قضائية بالمعنى الصحيح، تخضع بصفة عامة، للنظام القانونى للأعمال القضائية»([2]).

([1]) محمد عبد الخالق عمر: السابق – ص ١٥ – ١٦.

([2]) محمد عبد الخالق عمر: السابق – ص ١٥ – ١٦.

كما أن هذا الفقه لم ينظر بعد إلى مجمل ما سلبه البرلمان من اختصاص قضائى، إنما ما زال ينظر فقط إلى ما سلبه هذا البرلمان من اختصاص قضائى بالفصل فى صحة عضويته، بينما سلب البرلمان اختصاصاً قضائياً آخر، أى دعوى رفع الحصانة البرلمانية عن عضو البرلمان. كما دفنت دعوى العضو للطعن على قرار البرلمان بسحب الثقة منه، ذلك القرار الذى هو بطبعه قرار تأديبى.

٣٨- صورة تاريخية أخرى لقضاء الشخصيات العامة :

قضاء الشخصيات العامة وحدها فى صورته «غير الجنائية»، لابد أن يكون أقل قبحاً وفداحة منه فى صورته «الجنائية»، وأقل بكثير جداً، وبالتالى لا ينبغى أن نغفل صورته الأخيرة، التى يؤرخ لها فى مصر فى خمسينيات القرن الماضى.

وصورته الجنائية تجسدت فى «محكمة الثورة» و «محكمة الشعب». ففى مؤتمر شعبى يوم ١٩٥٣/٩/١٥، تم الإعلان عن إنشاء محكمة الثورة، بقرار من مجلس قيادة الثورة آنذاك، وتشكيلها برئاسة: قائد الجناح ... وعضوية البكباشى .... وقائد الأسراب ....، وانعقدت فى مبنى قيادة الثورة بالجزيرة، لمحاكمة بعض السياسيين القدماء.

ثم بقرار آخر فى ١٩٥٤/١١/١، أنشئت محكمة الشعب، وشكلت برئاسة قائد جناح .... وعضوية قائمقام .... وبكباشى ....، واختصت بالنظر فى الأفعال التى تعتبر خيانة للوطن أو ضد سلامته فى الداخل والخارج، والأفعال التى تعتبر موجهة ضد نظام الحكم

آنذاك، أو ضد الأسس التى قامت عليها الثورة، ولو كانت قد وقعت قبل إنشاء المحكمة. على أن يُعاقب على الأفعال التى تعرض عليها بعقوبة الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو بالسجن أو بالحبس المدة التى تقدرها المحكمة، أو بأى عقوبات أخرى تراها المحكمة (م٣ من القرار).

ويبين من التصريح الذى أُعلن به الأمر الصادر بتأليف محكمة الثورة مثلاً، أنها لم تكن محكمة قضائية عادية، ولا - حتى - محكمة قضائية غير عادية، ولا محكمة قضائية بالمرة، ولو سميت تجوزاً بـ «محكمة»، وذلك لمحاكمة خصوم الثورة من السياسيين القدماء، أى السياسيين فى عصر ما قبل الثورة.

إذ جاء بهذا التصريح، أنه : «ستنظر هذه المحكمة فوراً فيما يقدم إليها من متهمين بالعمل ضد مصلحة البلاد وضد كيان الثورة. وستصدر أحكامها باسم مجلس الثورة ولا محل لترك ذلك للقضاء العادى وللمحاكم العادية ... وأنه مع احترامنا الشديد لجهتنا القضائية التى نكن لها كل إجلال وإكبار نحب أن نحيطها بهالة من الهيبة والوقار ... وأنه لم يحدث فى تاريخ ثورة من الثورات أن احتكمت للقضاء العادى فى أمور حياتها. فللقوانين العادية قيودها وحدودها ولا يمكن لقضاتها أن يتعدوا هذه القيود والحدود لأنها شرعت لظروف الحياة الطبيعية»[1].

---

[1] نقض (أحوال شخصية) - جلسة ١٩٥٥/٦/٢٣ - قضية ٣ لسنة ٢٥ق. مجوعة أحكام النقض - ٦ - ١٣٠٧ - ١٧٧.

ولم يكن هناك ثمة داع لكى تتغزل محكمة النقض آنذاك فى تلك المحكمة، بمقولة: «لا يكون ثمة تجاوز فى القول بأن محكمة الثورة هى محكمة ذات سيادة، أو فى تشبيهها من بعض النواحى بمجلس الشيوخ الفرنسى حينما ينعقد بوصفه محكمة عليا بناء على نصوص دستور سنة ١٨٧٥ لمحاكمة أى شخص متهم بجناية من الجنايات المخلة بأمن الدولة أو لمحاكمة رئيس الجمهورية بتهمة الخيانة العظمى أو لمحاكمة الوزراء على الجرائم التى يرتكبونها أثناء تأدية وظائفهم. وقد كان المجلس المذكور يصدر فى قضائه على أنه محكمة عليا ذات سيادة لا تتقيد بنصوص القوانين العادية، ولا بقاعدة: أن لا جريمة ولا عقوبة بغير نص. ويقضى بتأثيم أفعال لم يرد فى القانون الفرنسى نص بتأثيمها ويضع العقوبة التى يراها...» ([1]).

لأن هذه المحكمة أو تلك ستظل صورة لانتهاك فاضح لمبدأ التخصص القضائى فى مصر، وبصرف النظر عن أى تفلسف قيل أو يقال بشأن وجودهما تاريخياً.

المطلب الثانى
قضاء
الشخصيات العامة مناصفة

٣٩- عرض :

ربما تبدو هذه الصورة أقل قتامة من صورة قضاء الشخصيات العامة منفردة. لكن هذا الانطباع غير صحيح، ولو أنه فى قضاء

([1]) حكم النقض السالف ذكره.

الشخصيات العامة مناصفة يشاركهم قضاة ارتضوا - بصورة أو بأخرى - انتهاك مبدأ التخصص القضائى، أو باركوه بسكوتهم عنه على الأقل، وبالتالى صاروا شركاء فى هذا الانتهاك.

٤٠- لجنة الانتخابات الرئاسية :

هذه اللجنة استحدثها الدستور، ونصفها من الشخصيات العامة غير القضائية، ولو أنها تختص بالفصل فى الطعون والتظلمات الخاصة بالانتخابات الرئاسية، وذلك فى المادة ٧٦ من الدستور، وتقضى بأنه: «... لجنة تسمى لجنة الانتخابات الرئاسية، تتمتع بالاستقلال، وتشكل من رئيس المحكمة الدستورية العليا، وعضوية كل من .... وخمسة من الشخصيات العامة المشهود لهم بالحياد، يختار ثلاثة منهم مجلس الشعب، ويختار الاثنين الآخرين مجلس الشورى بناء على اقتراح مكتب كل من المجلسين، وذلك لمدة خمس سنوات، ويحدد القانون من يحل محل رئيس اللجنة أو أى من أعضائها فى حالة وجود مانع لديه.

وتختص هذه اللجنة دون غيرها بما يلى: ١- ..... ٢- ..... ٣- .... ٤- الفصل فى كافة التظلمات والطعون وفى جميع المسائل المتعلقة باختصاصها بما فى ذلك تنازع الاختصاص».

على أن هذه اللجنة ولدت باطلة بطلاناً متعلقاً بالنظام العام، ولا يجوز تصحيحه إلا بتعديل دستورى. لأنه لا يجوز أن يترأسها رئيس المحكمة الدستورية العليا، الذى هو مظنونة وراثته لرئاسة

الجمهورية أياً كان من يتولاها من المرشحين للانتخاب، وذلك عملاً بالمادة ٨٤ من الدستور، وتقضى بأنه: «فى حالة خلو منصب رئيس الجمهورية أو عجزه الدائم عن العمل يتولى الرئاسة مؤقتاً رئيس مجلس الشعب. وإذا كان المجلس منحلاً حل محله رئيس المحكمة الدستورية العليا». فمسلم أن موضوع الإرث لا يقتصر على المال وحده، وأن مظنة الإرث تتحقق ولو وجد من يحجب عن الإرث أو من يُحرم منه([1]).

فالقاعدة أن القاضى المظنونة وراثته ولو لخصم واحد على الأقل، يكون ممنوعاً من سماع الدعوى، وذلك عملاً بقاعدة عامة فى قانون جهة المحاكم، ولو ورد النص عليها فى المادة ٣/١٤٦ مرافعات، وتقضى بأنه: «يكون القاضى غير صالح لنظر الدعوى ممنوعاً من سماعها ولو لم يرده أحد الخصوم فى الأحوال الآتية: ١- ... ٢ - .... ٣- إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم .... أو مظنونة وراثته له». فما بالنا لو كان رئيس المحكمة الدستورية مظنونة وراثته لكل الخصوم (المرشحين)، وبالتالى فى كل الدعاوى والتظلمات والطعون التى تنظرها تلك اللجنة الرئاسية.

والقاضى الممنوع قانوناً من سماع الدعوى، إذا لم يمتنع عن نظرها كان عمله أو قضاؤه باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام، وذلك

([1]) فتحى والى: المرجع السابق- ص١٧٨ رقم ١٠٥ والمراجع المشار إليها فى حاشية رقم ٣.

عملاً بقاعدة عامة فى قانون جهة المحاكم، ولو ورد النص عليها فى المادة ١/١٤٧ مرافعات، وتقضى بأنه: «يقع باطلاً عمل القاضى أو قضاؤه فى الأحوال المتقدمة ولو تم باتفاق الخصوم».

وهذه اللجنة لم تعدم من يدافع عنها ويفلسف وجودها، بمقولة «هيئة ذات اختصاص قضائى»([1]). لكن هذه المقولة ليست أكثر من إقرار صريح بأن تلك اللجنة مجرد صورة من صور القاضى غير الطبيعى، وبالتالى فإن وجودها بمثابة انتهاك لمبدأ التخصص القضائى بمعناه القانونى العام، ويخالف – حتى – مبدأ دستورياً منصوصاً عليه فى المادة ١/٦٨ من الدستور، وتقضى بأن: «لكل شخص حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى»، ولو فى شأن المنازعات المتعلقة بالانتخابات الرئاسية.

٤١- الدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا :

وتشكيل لجنة الانتخابات الرئاسية لا يختلف عن نظيره بالنسبة للدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا، حال نظرها للطعون والتظلمات الخاصة بتأسيس الأحزاب السياسية، وذلك عملاً بالمادة ٨ من القانون الخاص بتلك الأحزاب رقم ١٩٧٧/٤٠.

فهى تنص على أنه: «يجوز لطالبى تأسيس الحزب خلال الثلاثين يوماً التالية لنشر قرار الاعتراض فى الجريدة الرسمية، أن

([1]) قارن مثلاً : أحمد فتحى سرور: تعديل المادة ٧٦ من الدستور – مجلة الدستورية – مجلة فصلية – ع ٧ س ٣ إبريل ٢٠٠٥ – ص٢-١٤.

يطعنوا فى هذا القرار بالإلغاء أمام الدائرة الأولى للمحكمة الإدارية العليا التى يرأسها رئيس مجلس الدولة. على أن ينضم لتشكيلها عدد مماثل من الشخصيات العامة، يصدر باختيارهم قرار من وزير العدل بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية، من الكشوف الخاصة بالشخصيات العامة، الذين يتمتعون بالكفاءة وحسن السمعة، ولا تقل أعمارهم عن أربعين عاماً، ومن غير أعضاء السلطة التشريعية».

وكل ما هنالك من اختلاف هو أن الشخصيات العامة فى لجنة الانتخابات من أعضاء السلطة التشريعية، بينما فى الدائرة الأولى الإدارية يكونوا من أعضاء السلطة التنفيذية، أى أن السلطتان تتبادلان الأدوار فى انتهاك مبدأ التخصص القضائى بمعناه القانونى العام.

وبهذا، فالدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا لا تختلف عن لجنة الانتخابات الرئاسية، من حيث طبيعتها، التى هى على أحسن الفروض مجرد «لجنة» أو «هيئة» ذات اختصاص قضائى، وبالتالى فهى قاضى غير طبيعى، يكون وجوده بمثابة انتهاك لمبدأ: التخصص القضائى، ويخالف – حتى – مبدأ: لكل شخص حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى.

٤٢– دائرة التحكيم فى منازعات العمل الجماعية :

والدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا لا تختلف من حيث تشكيلها المختلط، عن دائرة التحكيم فى منازعات العمل الجماعية،

عملاً بالمادة ١٨٢ من قانون العمل، وتقضى بأنه: «وتشكل هيئة التحكيم من ١- إحدى دوائر محاكم الاستئناف التى تحددها الجمعية العمومية لكل محكمة فى بداية كل سنة قضائية، والتى يقع فى دائرة اختصاصها المركز الرئيسى للمنشأة وتكون لرئيس هذه الدائرة رئاسة الهيئة. ٢- محكم عن صاحب العمل. ٣- محكم عن التنظيم النقابى تختاره النقابة العامة المعنية. ٤- محكم من الوزارة المختصة يختاره الوزير المختص. وعلى كل من صاحب العمل والتنظيم النقابى والوزارة المختصة أن يختار محكماً احتياطياً يحل محل المحكم الأصلى عند غيابه».

ورغم ما عساه قد يوجه من انتقادات إلى مشرع قانون العمل فى هذا الشأن([١])، فإن هذا المشرع هو الأكثر صدقاً مع نفسه والأكثر احتراماً للمخاطبين بأحكامه، وذلك بشأن تسمية هذا التشكيل بـ «هيئة التحكيم»، تلك التسمية التى تصدق مائة بالمائة على لجنة الانتخابات الرئاسية، وحتى على الدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا.

فهى كلها حالات لهيئات تحكيم «إجبارى» forcé فى غير حالات جوازه قانوناً، وبالتالى فإن المشرع فى تلك الصور الثلاث لم يترك لأى طرف فى المنازعة سبيلاً للالتجاء إلى قاضيه الطبيعى،

([١]) أنظر فى هذه الانتقادات نبيل إبراهيم سعد: نظرة انتقادية لنظام التحكيم فى منازعات العمل الجماعية فى القانون المصرى - ورقة بحثية مقدمة لمؤتمر حقوق إسكندرية - منشورة فى مجلة الحقوق - عدد خاص - ٢٠١٠.

رغم أن لكل شخص حق الالتجاء إلـــى قاضـــيه الطبيعـــى (م٦٨/١ دستور).

٤٣- صورة تاريخية لقضاء الشخصيات العامة مناصفة :

وتشكيل هيئات التحكيم الإجبارى الثلاث الـسالف ذكرهـــا، لا يختلف من حيث المبدأ، عن نظيره بالنسبة لمحكمة القيم والمحكمـــة العليا للقيم، وفقاً للمادة ٢٧ من قانون حماية القيم من العيـــب رقـــم ١٩٨٠/٩٥، ولو أنهما قد ألغيتا مؤخراً.

فكانت المادة ٢٧ تنص على أنه: «يكون تشكيل محكمة القـــيم من سبعة أعضاء برئاسة أحد نواب رئيس محكم النقض، وعـــضوية ثلاثة من مستشارى محكمة النقض أو محاكم الاستئناف، وثلاثة من الشخصيات العامة.

ويكون تشكيل المحكمة العليا للقيم من تسعة أعضاء برئاســـة أحد نواب رئيس محكمة النقض وعضوية أربعـــة مـــن مستـــشارى محكمة النقض أو محاكم الاستئناف وأربعة من الشخصيات العامة.

ويصدر بتشكيل المحكمة فى بداية كل عام قضائى قرار مـــن وزير العدل بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القضائية».

كما كانت المادة ٢٨ تنص على أنه: «ينظم وزير العدل بقرار منه بعد موافقة المجلس الأعلى للهيئات القـــضائية، كيفيـــة إعـــداد ومراجعة الكشوف الخاصة بالشخصيات العامة التى يختار من بينها أعضاء المحكمة. ويتم اختيار الأسماء التى تتضمنها هذه الكـــشوف

من بين المواطنين المشهود لهم بالكفاءة وحسن السمعة، بشرط ألا تقل أعمارهم عن أربعين عاماً، وألا يكون من بين أعضاء السلطة التشريعية».

وأيضاً، كانت المادة ٢٩ تنص على أنه: «يكون تعيين أعضاء المحكمة من الشخصيات العامة لمدة سنتين غير قابلة للتجديد».

ولا يجب إذن أن يُلهينا لفظ «محكمة» الذى تكرر فى تلك النصوص، عن كونها لا تختلف من حيث المبدأ، عن هيئات التحكيم الإجبارى الثلاث السالف ذكرها، أى هى لم تكن أكثر من مجرد هيئة تحكيم إجبارى فى غير حالات جوازه قانوناً. لكن كانت تأخذها العزة بإثم المبالغة فى حقيقتها لدرجة – حتى – عدم الالتزام بمبدأ: إذا بليتم فاستتروا، وبالتالى كانت تصف نفسها أحياناً بمقولة: «محكمة ذات تشكيل شعبى وطابع سياسى وتُعبر عن ضمير الأمة»([1]).

ولأن وجودهما كان بمثابة انتهاك لمبدأ: التخصص القضائى بمعناه القانونى العام، ومبدأ: لكل شخص حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى، فقد كان مصيرهما الزوال حتماً، وإيذاناً بزوال باقى صور التحكيم الإجبارى السالف ذكرها، ولو أنهما لم تلغيا إلا بعد ربع قرن من نشأتهما، ونشأة نائب عام خاص بهما تحت مسمى «المدعى العام الاشتراكى».

([1]) حكم محكمة القيم – جلسة ١٩٨٢/١/٣ – مجلة المحاماة – س ٦٢ ع ٩ و١٠ – ص ٥٥.

المطلب الثالث

إسهام الشعب فى إقامة العدالة

٤٤- مبدأ قانونى :

إسهام الشعب فى إقامة العدالة، هو مبدأ مقنن فـــى الدســـتور، حيث المادة ١٧٠ منه، تقضى بأنه: «يسهم الشعب فى إقامة العدالـــة على الوجه وفى الحدود المبينة فى القانون».

وهو بهذا مبدأ قانونى، أى لا هو مجرد «فلسفة» بحيث يمكـــن لأحد أن يُفلسف بمقتضاه فكرة قضاء الشخصيات العامة منفـــردة أو مناصفة، ولا هو يتصادم مع مبدأ: التخـــصص القـــضائى بمعنــــاه القانونى العام.

٤٥- مبدأ إجرائى :

وهو مبدأ إجرائى من مبادئ تنظـــيم القـــضاء، وبالتــــالى ورد النص عليه فى الدستور المصرى تحت عنوان «السلطة القضائية»، حيث كان من الواجب أيضاً أن يرد معه تحت ذات العنوان مبدأ: لكل شخص حق الالتجاء إلـــى قاضـــيه الطبيعـــى، لأنهمـــا متكـــاملان ومتلازمان ولازمان.

فإسهام الشعب فى إقامة العدالة، ليس طليقاً من كل قيد، إنما هو مقيد قانوناً، بأن يكون «على الوجه وفى الحدود المبينـــة» قانونــــاً، سواء المبينة فى القانون الدستورى أو المبينة بالتالى فـــى القـــانون العادى. بل – حتى – هذا الإسهام مقيد بأن يكون على الوجه وفـــى الحدود المبينة فى القانون الدستورى قبل نظيرتها المبينة فى القانون العادى.

٤٦- كيفية الإسهام :

ومن ثم، فدور الشعب إسهاماً فى إقامة العدالة، ليس هو إذن «تولى القضاء» لا بنفسه مباشرة، ولا بواسطة ممثليه المنتخبين لعضوية البرلمان أو مجلس الشورى بحسب الأحوال، ولا – حتى – بواسطة غيرهم من الشخصيات العامة، وبصرف النظر عن كون المسألة المتنازع عليها هى صحة عضوية البرلمان أو مجلس الشورى أو صحة تولى الرئاسة بالانتخاب أو صحة تأسيس الأحزاب أو – حتى – منازعات العمل الجماعية، أو رفع الحصانة عن عضو برلمانى.

ولا يجب إذن أن يصرف أحد عبارة «إقامة العدالة» فى المادة ١٧٠ من الدستور، على معنى «تولى القضاء» بواسطة الشعب – حتى – بنفسه، إنما يجب صرفها إلى معنى أن الشعب – أى الناس كافة بما لهم من حق التقاضى فى المادة ١/٦٨ من الدستور – يُسهم فى إقامة العدالة بواسطة هذا الحق ذاته، وذلك على اعتبار أن حق التقاضى droit d'agir en justice هو حق معاونة القضاء على حماية القانون فى الحالات الواقعية الخاصة التى يكتنفها خطر يهدد قوة القانون.

وبهذا فدور الشعب فى إقامة العدالة فى المادة ١٧٠ من الدستور، لا ينفصل عن دوره فى المادة ١/٦٨ من الدستور ذاته، لأنهما دوران لازمان ومتلازمان ومتكاملان.

فحق الشعب (أى الناس كافة) فى التقاضى مصون ومكفول، لأنه الحق الذى من خلاله يُسهم الشعب فى إقامة العدالة، التى يتولى إقامتها القضاء بمعناه الدقيق. وهذان الدوران لا يتصادمان، وبالتالى

فإن من التناقض أن يقال أن للمشرع أن يسلب من الشعب حق التقاضى فى أحوال لكى يُسهم هذا الشعب فى إقامة العدالة فى تلك الأحوال، ولو كان إسهامه بوساطة الشخصيات العامة اللاقضائية، أى فى صورة القاضى غير الطبيعى.

٤٧- القاضى غير الطبيعى :

إسهام الشعب فى إقامة العدالة، لا يعنى إذن إجازة فكرة القاضى غير الطبيعى، فى أى صورة من الصور السالف ذكرها فى ظاهرة قضاء الشخصيات العامة.

والقاضى غير الطبيعى هو القاضى «الاصطناعى» artificial، سواء عقد جلساته فى مقر البرلمان أو فى مقر مجلس الشورى أو فى مقر جهة قضائية أصلية كمجلس الدولة أو فى دار القضاء العالى أو فى غير ذلك من المقار. وسواء عقد جلساته برئاسة رئيس مجلس الشعب أو رئيس مجلس الشورى أو رئيس المحكمة الدستورية العليا أو رئيس مجلس الدولة أو نائب رئيس محكمة النقض أو رئيس دائرة استئناف عالى أو برئاسة أحد غير هؤلاء كقائد الجناح فى محكمة الثورة أو فى محكمة الشعب.

وسواء كانت تلك الشخصيات العامة اللاقضائية مشهوداً أو غير مشهود لها بالحياد، تتمتع أو لا تتمتع بالكفاءة وحسن السمعة، وافق أو لم يوافق عليها المجلس الأعلى للهيئات القضائية، صدر أو لم يصدر بها قرار من وزير العدل أو أى وزير مختص آخر، اختارها أو لم يختارها مجلس الشعب أو مجلس الشورى، قلت أو

زادت أعمارهم عن سن الأربعين، من أعضاء السلطة التشريعية أو من أعضاء السلطة التنفيذية، أختيروا لمدة خمس سنوات أو لمدة سنتين .... وهكذا.

فهذه «الديكوارت»، لا تغير شيئاً من حقيقة القاضى غير الطبيعى، ولا من كون وجوده فى ذاته بمثابة انتهاك لمبدأ: التخصص القضائى بمعناه القانونى العام، كما هو انتهاك لمبدأ: لكل شخص حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى.

٤٨- فكرة اللاقاضى non-juge :

القاضى غير الطبيعى هو القاضى الذى يُعرف بطريق الاستبعاد بالنسبة للقاضى الطبيعى، الذى هو «السلطة القضائية» pouvoir judiciaire ، باعتبارها السلطة العامة المخصصة وحدها دون غيرها للقضاء والمختصة به والمتخصصة فيه.

ومن ثم، فإن عبارة «القاضى غير الطبيعى» ترادف تماماً عبارة «اللاقاضى»، ولو كانت بعض عناصره هى عناصر ذات وظائف قضائية، وسواء كان عددهم خمسة أو أقل أو أكثر، وسواء كان أو لم يكن بينهم رئيس المحكمة الدستورية العليا أو رئيس مجلس الدولة أو نائب هذا الرئيس أو ذاك أو نائب رئيس محكمة النقض.

فهذه الوظائف بمثابة «شكليات» فى هذا الصدد، ولا يجب بالتالى أن تُلهينا عن حقيقة الظاهرة التى نحن إزاءها، لأننا إزاء ظاهرة قضاء «طبقى» و «خاص».

فهى ليست فقط ظاهرة قضاء تقوم به شخصيات عامة غير قضائية، إنما أيضاً هى ظاهرة القضاء للشخصيات العامة غير القضائية فى منازعاتهم المتعلقة بصحة عضويتهم للبرلمان أو لمجلس الشورى أو بصحة توليهم رئاسة الدولة بالانتخاب، أو بصحة تكوينهم للأحزاب السياسية أو بصحة دورهم فى الحياة العامة ومسئوليتهم السياسية عنه، أو – حتى – منازعاتهم العمالية الجماعية، أو بمنازعاتهم مع خصومهم من السياسيين القدامى .... وهكذا.

المبحث الثانى

ظاهرة القضاء المختلط

٤٩- عرض :

عرفت مصر «القضاء المختلط» jurisdiction mixte منذ بداية الربع الأخير من القرن التاسع عشر. وقيل لنا مراراً وتكراراً أن هذا القضاء المختلط قد ألغى فى مصر منذ منتصف القرن العشرين، رغم أن هذا القول مبالغ فيه للغاية، لأن ما ألغى فعلاً هو «القضاء الأجنبى» فى مصر، بينما بقيت ظاهرة القضاء المختلط وتنامت بمرور الزمان، رغم أنها بمثابة انتهاك لمبدأ: التخصص القضائى بمعناه القانونى العام، وانتهاك لمبدأ: لكل شخص حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعى.

المطلب الأول
قضاء القضاة
والشخصيات العامة اللاقضائية

٥٠- صوره الأربع :

فى هذا المقام، نحن لا ننظر إلى لجنة الانتخابات الرئاسية أو الدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا أو محكمتى القيم أو هيئة التحكيم فى منازعات العمل الجماعية من زاوية ما بها من أعضاء من الشخصيات العامة اللاقضائية فحسب، بل ننظر إليها إجمالاً من زاوية تشكيلها «المختلط» mixte ، حيث تمتزج تلك العناصر غير القضائية مع باقى العناصر فى نسيج واحد.

فلجنة الانتخابات الرئاسية أو الدائرة الأولى الإدارية مكونة من خمسة من الشخصيات العامة وعدد مُماثل من القضاة. ومحكمة القيم أو المحكمة العليا للقيم مكونة من ثلاثة أو أربعة من الشخصيات بحسب الأحوال، ومثلهم بزيادة واحد من القضاة. وهيئة التحكيم فى منازعات العمل الجماعية مكونة من أربعة من غير القضاة وثلاثة من القضاة.

وهذا التشكيل المختلط، لا هو تشكيل للجنة ذات اختصاص قضائى، خاصة أن المشرع قد يطلق على هذا التشكيل لفظ «محكمة» أحياناً، كما هو الشأن فى محكمة القيم والمحكمة العليا للقيم. ولا هو تشكيل لقضاء «خاص» أو «استثنائى»، خاصة أن المشرع قد يطلق عليه لفظ «لجنة» أحياناً. ولا هو تشكيل لمحكمة أو – حتى – دائرة

قضائية بالمعنى الدقيق، خاصة أن المشرع قد يطلق على هذه الدائرة عبارة «هيئة التحكيم» أحياناً.

والمتيقن منه أنه تشكيل لقاضى غير طبيعى، وبالتالى هو فى حقيقته تشكيل خاص بـ «اللاقاضى»، الذى يُعد وجود القضاة فيه مجرد شكل، بل – حتى – شكل غير لازم أصلاً، أى أن وجودهم وعدمه سواء من الوجهة القانونية، وبالتالى فإن وجودهم لا يجب أن يلهينا عن التكييف الحقيقى لتلك الظاهرة.

٥١- صور أربع للتحكيم الإجبارى :

فى الصور الأربع المتقدمة نحن إزاء أربع صور متخفية للتحكيم الإجبارى forcé، الذى عهدنا له فى التشريع المصرى صورتان معلنتان، لأنهما صورتان للتحكيم الإجبارى المشروع، وهما كالتالى:

١- التحكيم الإجبارى فى المنازعات «العامة» بحسب أشخاصها، إذا كان أحد أطرافها – على الأقل – شركة قطاع عام. ونظام هذا التحكيم مقنن فى قانون المؤسسات العامة السابق وكذا الحالى رقم ١٩٨٣/٩٧.

٢- التحكيم الإجبارى فى المنازعات «العامة» بحسب أشخاصها، إذا لم يكن من أطرافها شركة قطاع عام، أى إذا كان أطرافها من فروع السلطة التنفيذية. ونظام هذا التحكيم مقنن فى المادة ٦٦/د من قانون مجلس الدولة، وتقضى بأنه:

«تختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، بإبداء الرأى فى المسائل والموضوعات الآتية: أ - ..... ب - ..... جـ - ..... د - المنازعات التى تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض. ويكون رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى هذه المنازعات ملزماً للجانبين».

ورغم وضوح هذا النص فى بيان أن دور تلك الجمعية العمومية هو دور «المحكم» arbitre فى تحكيم إجبارى، وبالتالى فإن ما يصدر عنها ليس مجرد «فتوى» إنما هو حكم تحكيم إجبارى ومن ثم ملزم obligatoire على نحو ما جاء فى عجز النص، ومانع - إذن - من عرض المنازعة على القضاء، فإن محكمة النقض تقول: «اختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بإبداء الرأى الملزم فى المنازعات التى تنشأ بين فروع السلطة التنفيذية، لا يتجاوز حق الفتوى، ولا يحول دون اختصاص القضاء بنظر هذه المنازعات»([1]).

وفى هاتين الصورتين، فإن التحكيم الإجبارى مشروع، أى هو تحكيم إجبارى فى حالات جوازه قانوناً. لأنه تحكيم فى منازعة «عامة» بحسب أشخاصها، وبالتالى لا يوجد فى أطرافها أى شخص خاص privé، سواء كان شخصاً طبيعياً أو كان شخصاً اعتبارياً

([1]) نقض مدنى: ١٩٨٤/٢/٢٠ - طعن ١١٠٧ لسنة ٥٠ ق - مجموعة أحكام النقض - ٣٥ - ٧٥٨ - ١٤٤.

خاصاً، وإلا كان التحكيم الإجبارى غير مشروع لأنه يصادر حــق التقاضى المنصوص عليه فى المادة ١/٦٨ من الدستور.

ومن ثم، فإن التحكيم الإجبارى فى هاتين الصورتين يختلف – من حيث المشروعية – عن نظيره فى الصور الأربع المتخفية، حيث هو تحكيم فى منازعات أطرافها «شخصيات» عامة لكــنهم ليــسوا «أشخاصاً» بالمعنى القانونى، إنما هم بطبعهم أشخاص خاصة، سواء فى تحكيم لجنة الانتخابات الرئاسية أو الدائرة الأولــى الإداريــة أو محكمتى القيم أو هيئة التحكيم فى منازعات العمل الجماعية.

وبذا، ففى الصور الأربع المتقدمة نحن إزاء ظــاهرة تحكــيم إجبارى فى غير حالات جوازه قانونــاً. وبــدهى أن التحكــيم فــى منازعات القطاع العام هو تحكيم إجبارى، إنما لــيس كــل تحكــيم إجبارى هو تحكيم فى تلك المنازعات كما تصورت محكمة الــنقض فأنكرت التحكيم الإجبارى الذى تقوم به الجمعية العموميــة لقــسمى الفتوى والتشريع، وبالتالى ليس من المــستغرب أن يُنكــر الــبعض التحكيم الإجبارى الذى يقوم به البرلمان أو مجلس الــشورى بــشأن صحة عضويته، أو تقوم به لجنة الانتخابات الرئاســية، أو الــدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا بشأن رفض تأسيس حزب.

إذن، ليس من الضرورى فى التحكــيم الإجبــارى أن يكــون تحكيماً فى منازعات القطاع العام، ولا أن تشكل الهيئــة التحكيميــة بالنظر إلى كل نــزاع علــى حــدة([1])، ولا – حتــى – أن يُــسهم المتنازعون فى اختيار تلك الهيئة جزئياً على الأقل([2]) إلا إذا أجــاز

([1-2]) قارن: فتحى والى : السابق – ص ٣٩ رقم ٢٠.

لهم القانون ذلك كما فى التحكيم الإجبارى فى منازعات القطاع العام أو فى منازعات العمل الجماعية.

ولا – حتى – من الضرورى فى التحكيم الإجبارى أن يـدخل فى تشكيل الهيئة قضاة، ولا أن يكون رئيسها على الأقل من القضاة كما هو الشأن فى التحكيم الإجبارى الذى يقوم به البرلمان أو مجلس الشعب بحسب الأحوال، أو الذى قامت به محكمة الثورة أو محكمـة الشعب قديماً. ولا من الضرورى أن يكـون عـدد هيئـة التحكـيم الإجبارى وتراً، كما هو الشأن فى تحكيم الجمعية العمومية لقـسمى الفتوى والتشريع، وتحكيم البرلمان أو مجلس الشورى.

إذن لا يجب أن نقصر نطاق فكرة التحكـيم الإجبـارى فـى مصر، على التحكيم فى منازعات القطاع العام وحدها، لكيلا يلتـبس علينا أمر تكييف عمل الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع كما حدث لمحكمة النقض، أو أمر تكييف عمـل البرلمـان أو مجلـس الشورى أو لجنة الانتخابات الرئاسية أو الدائرة الأولى الإداريـة أو محكمتى القيم أو هيئة التحكيم فى منازعات العمل الجماعية.

٥٢- مظاهر الطبيعة التحكيمية الإجبارية :

دعنا إذن نسمى هذا النوع من القضاء المختلط بإسمه القانونى، لأنه تحكيم إجبارى وليس أكثر، تقوم به لجنة الانتخابات أو الـدائرة الأولى الإدارية أو محكمتى القيم أو هيئة تحكيم منازعـات العمـل الجماعية بحسب الأحوال، وذلك بما يترتب عليه من آثار أخصها ما يلى:

١- القرار الصادر عبر تلك الأنظمة الأربعة، ليس حكماً قضائياً بالمعنى الدقيق، وبالتالى فإن هذا القرار لا يخضع لأى نظام من أنظمة الطعن المقررة قانوناً للطعن فى الأحكام القضائية.

وتطبيقاً لذلك بشأن قرارات لجنة الانتخابات الرئاسية مثلاً، نصت المادة ٧٦ من الدستور، على أنه: «تصدر (اللجنة) قراراتها بأغلبية سبعة من أعضائها على الأقل، وتكون قراراتها نهائية ونافذة بذاتها، غير قابلة للطعن عليها بأى طريق وأمام أية جهة، كما لا يجوز التعرض لقراراتها بالتأويل أو بوقف التنفيذ».

وأيضاً، فى شأن قرارات المحكمة العليا للقيم مثلاً، كانت المادة ٥٠ من قانون حماية القيم من العيب، تقضى بأنه: «يكون الحكم الصادر من المحكمة العليا للقيم نهائياً. ولا يجوز الطعن فيه بأى وجه من الوجوه عدا إعادة النظر». على أن مرد الاستثناء الوارد فى عجز النص، هو أن قانون المرافعات كان - حتى عام ١٩٩٤ - يبيح الطعن بإعادة النظر - حتى - بالنسبة لحكم التحكيم الاختيارى.

ونفس القاعدة تسرى - حتى - على القرار الصادر من الدائرة الأولى بالمحكمة الإدارية العليا، ولو لم يوجد نص خاص بشأن هذا القرار، وذلك عملاً بالقاعدة العامة فى شأن أحكام التحكيم، كالتالى:

أ - فالمادة ٦٦ من قانون المؤسسات العامة ١٩٨٣/٩٧، نصت على أنه: «تكون أحكام هيئات التحكيم نهائية، ونافذة، وغير قابلة للطعن فيها بأى وجه من وجوه الطعن». وهو نفس النص تقريباً، الوارد فى نظام لجنة الانتخابات الرئاسية.

ب – والمادة ٥٢/١ من قانون التحكيم الاختيارى ١٩٩٤/٢٧، تقضى بأنه: «لا تقبل أحكام التحكيم التى تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية».

٢- فالقرار الصادر عبر تلك الأنظمة الأربعة هو مجرد قرار «تحكيمى» arbitral، الذى اشتهرت تسميته بـ «حكم التحكيم» أو «الحكم التحكيمى».

ومن ثم، فالأصل أن هذا القرار لا يقبل الطعن فيه إلا بدعوى بطلان حكم التحكيم([1])، وذلك عملاً بالقاعدة العامة فى هذا الشأن، ولو لم يرد النص عليها إلا فى المادة ٥٢/٢ من قانون التحكيم ١٩٩٤/٢٧، وتقضى بأنه: «يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم....».

وتطبيقاً لذلك فى شأن قرارات هيئة التحكيم الإجبارى فى منازعات العمل الجماعية، نصت المادة ١٨٨ من قانون العمل على أنه: «تتبع فى .... الطعن الشروط والأوضاع والإجراءات المقررة فى قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية».

٣- القضاة الموجودون فى تشكيل هيئات التحكيم الأربع، لا يعتبرون قضاة بالمعنى الدقيق، وذلك بصرف النظر عن مراكزهم

([1]) فتحى والى: الوسيط ..... ط ٢٠٠١ – ص ١٠٣٧ رقم ٥١٩.

الوظيفية القضائية، لأنهم ليسوا أكثر من محكمين، وبالتالى فهم لا يخضعون فى هذا الشأن لقواعد رد ومخاصمة القضاة.

فالمحكمون لا يخضعون لنظام دعوى المخاصمة، ولا يخضعون – حتى – إلا لقواعد الرد الخاصة بهم، وذلك عملاً بالقاعدة العامة فى شأن رد المحكم، ولو لم يرد النص عليها إلا فى المادة ١٨/أ من قانون التحكيم ١٩٩٤/٢٧، وتقضى بأنه: «لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيدته واستقلاله».

وهم بهذا محكمون إنما ليس باعتبارهم قضاة. لأن قانون السلطة القضائية لا يجيز لهم العمل بالتحكيم خارج المحكمة أو داخلها، بأجر أو بغير أجر، فى نزاع مطروح على القضاء أو غير مطروح عليه، وذلك عملاً بالقاعدة العامة فى هذا الشأن، ولو لم يرد النص عليها إلا فى المادة ٦٣ سلطة قضائية، وتقضى بأنه: «لا يجوز للقاضى .... أن يكون محكماً ولو بغير أجر ولو كان النزاع غير مطروح على القضاء».

فهم محكمون لكن باعتبارهم مجرد شخصيات عامة، أجاز لها الدستور أو القانون العادى – بحسب الأحوال، التحكيم فى تحكيم إجبارى، ولو كان تحكيماً إجبارياً فى غير حالات جوازه قانوناً، أى أن المشرع هو الذى فرضه عليهم فرضاً بالمخالفة للمبادئ العامة الدستورية.

ورغم أن المحكمون من القضاة لا يحكمون فى التحكيم الإجبارى إلا باعتبارهم مجرد شخصيات عامة، فإن قانون حماية القيم من العيب كان ملكياً أكثر من الملك، وبالتالى حاول عبثاً أن يُقنعنا بأن المحكمون من غير القضاة لا يحكمون فى هذا التحكيم الإجبارى إلا باعتبارهم قضاة، وذلك فى المواد ٢٩ و ٣٠ و ٣١ منه:

أ - فكانت المادة ٢٩ تقضى بأنه: «يكون تعيين أعضاء المحكمة من الشخصيات العامة .... ويكون هؤلاء الأعضاء غير قابلين للعزل بالنسبة لعملهم القضائى خلال هذه الفترة. وتخضع مساءلتهم عن عملهم هذا للإجراءات المنصوص عليها فى قانون السلطة القضائية».

ب - وكانت المادة ٣٠ منه، تقضى بأنه: «يؤدى أعضاء المحكمة من غير المستشارين قبل مباشرة عملهم يميناً بأن يحكموا بين الناس بالعدل، ويكون حلف اليمين أمام رئيس المحكمة ذاتها».

جـ - وكانت المادة ٣١ منه تقضى بأنه: «تسرى فى شأن عدم صلاحية عضو المحكمة وتنحيته ورده ومخاصمته الأحكام المقررة بالنسبة لمستشارى محكمة النقض. وتفصل المحكمة فى طلب الرد ودعوى المخاصمة بكامل أعضائها عدا العضو المشار إليه ومن لديه عذر، ويراعى ألا يقل عدد الأعضاء الحاضرين عن خمسة. ولا يقبل رد أو مخاصمة جميع أعضاء المحكمة أو بعضهم بحيث يقل الباقى منهم عن خمسة».

ولم يكن هناك أى داع لكى يُزيد المشرع من المبالغة فى هذا الديكور، فى محكمتى القيم، التى كان نظامها أسرع أنظمة التحكيم الإجبارى غير المشروع، إلى الزوال، ولو امتد وجودها فترة ربع قرن. فالمحكمون لا يحلفون يميناً، ولا يخضعون لقواعد مخاصمة أو رد القضاة، وبالتالى لا تختص – حتى – هيئة التحكيم بنظر طلب الرد.

فهيئات التحكيم – الإجبارى أو الاتفاقى – هى هيئات معاونة للقضاء، وبالتالى فالمحكمون مجرد «أعوان للقضاء». بالمعنى الدقيق. ومن ثم، فالأصل أن القضاة محظور عليهم القيام بالتحكيم.

المطلب الثانى
قضاء القضاة والنسوة

٥٣- ظاهرة فى مهدها :

القضاء المختلط المستجد فى مصر منذ خمس أو ست سنوات على الأكثر، هو قضاء القضاة والنسوة، ولو أن هذه الظاهرة ما زالت فى مهدها ومستوردة أصلاً من الغرب، لكنها لم تعدم من يدافع عنها ويفلسف لزومها سواء فى مصر أو فى دول عربية أخرى.

وأخطر أساليب هذا الدفاع والتفلسف، هو الذى يُنكر وجود أى مانع قانونى لهذه الظاهرة – حتى – فى القانون الإلهى المعاصر، أى فى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن) ولائحته التنفيذية (السنة).

بل إن هذا الاتجاه قد حظى – حتى – بمباركة بعض كبار المشايخ، وكأن القانون الإلهى المعاصر يخلو من مبدأ: يُحظر على النسوة تولى الأعمال العامة بإطلاق، حتى الأعمال الإدارية.

وليس من المجدى أن نخوض مع أنصار هذا الاتجاه فى جدل يمكن الإفاضة فيه إلى مالا نهاية، دون جدوى، وبالتالى لا مناص من أن ننحى جدلهم جانبا([1]). وكان يكفيهم أن يسألوا أنفسهم، عما إذا كانت «النسوة المصريات» قد استأسدن، لدرجة أنهن لم يعدن – حتى – فى درجة ضعف الصحابى الجليل أبو ذر الغفارى رضى الله عنه، الذى سأل النبى أن يوليه القضاء فرد عليه خاتم الرسل بقوله: (يا أبا ذر إنك ضعيف. وإنها أمانة. وأنها يوم القيامة خزى وندامة، إلا من أخذها بحقها، وأدى الذى عليه فيها»([2]). وقوله: (يا أبا ذر إنى أراك ضعيفاً. وإنى أحب لك ما أحب لنفسى. لا تتأمرن على اثنين. ولا تولين مال يتيم)»([3])؟

وإذا كان الرد بالإيجاب، فلابد أن نكون – إذن – فى عصر الفتنة النسائية الضارة بالرجال، مصداقاً لقول خاتم الرسل: (ما تركت بعدى فتنة أضر على الرجال من النساء)([4]).

٥٤- حظر تولى النسوة للأعمال العامة :

مبدأ: يُحظر تولى النساء للأعمال العامة بإطلاق، هو مبدأ قديم وبالتالى راسخ فى القانون الإلهى. وينبغى أن يؤرخ له علمياً، منذ عصر سليمان عليه السلام فى القرن العاشر قبل الميلاد.

([1]) أنظر تفاصيل هذا الجدل فى : مجلة القضاة – ملحق، عدد خاص بعنوان: المرأة ... والقضاء – عدد يونيه ٢٠٠٢م – ص ١ –٧٥.

([2-3]) الألبانى: السابق – ص ١٢٩١ رقم ٧٨٢٣ و ٧٨٢٥ على التوالى.

([4]) الألبانى: السابق – ص ٩٨٠ رقم ٥٥٩٧.

على أن سليمان عليه السلام لم يبتكر هذا المبدأ، إنما تلقى العلم به مباشرة من ربه، وضمن ما تلقاه من علم منه سبحانه، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ آتَيْنَا .... وَسُلَيْمَانَ عِلْماً ....﴾[1].

وكان سليمان أول من طبق هذا المبدأ القانوني عملاً، وفوراً، على عرش بلقيس، حتى قبل أن تعلن إسلامها هي وقومها، مصداقاً لقوله تعالى بشأن سليمان: ﴿قَالَ يَأَيُّهَا الْمَلأُ أَيُّكُمْ يأْتِينِي بِعَرْشِهَا قَبْلَ أَن يأْتُونِي مُسْلِمِينَ. قَالَ عِفْرِيتٌ مِّنَ الْجِنِّ أَنَاْ آتِيكَ بِهِ قَبْلَ أَن تَقُومَ مِن مَّقَامِكَ وَإِنِّي عَلَيْهِ لَقَوِيٌّ أَمِينٌ. قَالَ الَّذِي عِندَهُ عِلْمٌ مِّنَ الْكِتَابِ أَنَاْ آتِيكَ بِهِ قَبْلَ أَن يَرْتَدَّ إِلَيْكَ طَرْفُكَ فَلَمَّا رَآهُ مُسْتَقِرّاً عِندَهُ قَالَ هَـذَا مِن فَضْلِ رَبِّي ....﴾[2].

واستقر هذا المبدأ القانوني منذ ذلك التاريخ، وظل نافذاً حتى عند الرومان، الذين قننوه في الدايجست DiG., L.22, Dereg. Juris، حيث قاعدة: «ليس للنساء ولاية الأعمال العامة»[3] Abomnibus officiis civilibus vel publicis remontae. وبدهي أن الرومان لم يبتكروا هذا المبدأ القانوني، إنما استحسنوه واستعاروه من القانون اليهودي الذي تأثر به قانونهم الوضعي، وذلك على نحو ما هو متفق عليه حالياً بين جمهور مؤرخي القانون الروماني.

([1-2]) آية ١٥/ النمل، ٣٨-٤٠/ النمل.

([3]) عبد العزيز فهمي: قواعد وآثار فقهية رومانية – ١٩٤٧ القاهرة – ص ١٤٧ رقم ١.

وما زال هذا المبدأ مستقراً ونافذاً فى القانون الإلهى حتى الآن، سواء فى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن) حيث قوله تعالى فى الآيات ٣٨-٤٠ من سورة النمل وكذا قوله تعالى:**﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلاَ تَبَرَّجْنَ تَبَرّجَ الْجَاهِلِيّةِ الاُولَىَ﴾**([1])، أو فى لائحته التنفيذية (السنة) حيث قول خاتم الرسل: (خاب قوم ولوا أمرهم امرأة)([2])، وقوله: (المرأة راعية فى بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها).

ومن ثم، لا يجوز لأحد أن يُفلسف فكرة الخروج على هذا المبدأ القانونى الراسخ، ولو بقاعدة: الضرورات تبيح المحظورات، وذلك لسببين:

أولهما، أن قاعدة الضرورات تبيح المحظورات هى بطبعها قاعدة استثنائية، وبالتالى لا يجوز التوسع فى تفسيرها ولا القياس عليها ولا الإضافة إلى نطاقها بطريق الاجتهاد إنما يجب التضييق من هذا النطاق، وذلك عملاً بالقاعدة العامة فى شأن أى استثناء وكل استثناء.

وثانيهما، أن حالات الضرورة المبيحة للخروج – استثناء – على هذا المبدأ، هى حالات واردة حصراً فى القانون الإلهى، وبالتالى لا يجوز الإضافة إليها بطريق الاجتهاد. وهى حالات ثلاث، كالتالى:

([1]) آية ٣٣/ الأحزاب.

([2]) متفق عليه.

١- قيام امرأتان معاً بالشهادة أمام القضاء إذا تخلف رجل من الرجلين، مصداقاً لقوله تعالى:﴿..... **فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ....**﴾(١).

٢- قيام النسوة بمعاونة الرجال فى الحرب باعتبارها حالة استثنائية، وذلك نزولاً على المأثور فى عهد خاتم الرسل.

٣- قيام امرأتان بعمل بدلاً عن والدهما المسن الذى لا إبن له، مصداقاً لقوله تعالى:﴿... **وَوَجَدَ مِن دُونِهِمُ امْرَأَتَيْنِ تَذُودَانِ قَالَ مَا خَطْبُكُمَا قَالَتَا لَا نَسْقِي حَتَّىٰ يُصْدِرَ الرِّعَاءُ وَأَبُونَا شَيْخٌ كَبِيرٌ**﴾(٢).

وحتى فى كل عمل من الأعمال العامة الاستثنائية السالفة، لا تباشره امرأة بمفردها، إنما تباشره امرأتان معاً على الأقل. ومن ثم، لا يجوز لأحد أن يُفلسف الخروج على ذلك المبدأ القانونى الراسخ، ولو بمقولة أن الدستور المصرى قد أجاز فى المادة ١١ منه التطوير فى المركز القانونى للمرأة. لأن هذه المقولة مردودة. بأن نفس المادة، لم تُجز هذا التطوير بإطلاق، إنما قيدته ابتداء بقيد، هو: «دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية»، التى تقوم على مبدأ: ليس للنساء تولى الأعمال العامة بإطلاق، - حتى - الأعمال العامة الإدارية.

كما لا يجب أن يتنكر أحد لهذا المبدأ، ولو بمقولة: ما جدوى تعليم النسوة إذن إذا لم يكن لهن تولى الأعمال العامة بإطلاق؟ لأن هذه المقولة مردودة. فتعليمهن واجب عليهن، قياساً على قول خاتم

(١-٢) آية ٢٨٢/ البقرة، ٢٣/ القصص.

الرسل: (طلب العلم فريضة على كل مسلم)، وبالتالى فإن هذا التعليم لا يكسبهن حقاً فى الخروج على ذاك المبدأ القانونى، إنما العكس هو الصحيح، أى الواجب أن يكسبهن إصراراً على الالتزام بالقانون الإلهى عامة ومبدأ: ليس للنسوة تولى الأعمال العامة، لأن هذا القانون هو الذى أوجب تعليمهن أصلاً، علماً بأن هذا التعليم لن يحولهن من نسوة إلى رجال.

٥٥- إضعاف السلطة القضائية :

إذن تولى النسوة الأعمال العامة، يخالف مبدأ راسخاً من مبادئ القانون الإلهى، الذى يقضى بحظر توليهن للأعمال العامة بإطلاق، حتى الأعمال الإدارية، أو - من باب أولى - الأعمال التشريعية والأعمال القضائية. لذا، جرى جمهور الفقهاء القدامى على أنه لا يجوز تولى المرأة للقضاء، وإذا وليت كانت هذه التولية باطلة، وإذا قضت بعد ذلك، كان قضاءها باطلاً، وبالتالى لا ينفذ.

وهكذا، فإن ظاهرة قضاء القضاة والنسوة معاً أو منفردات، هو انتهاك لمبدأ التخصص القضائى بمعناه القانونى، وإنهاك للسلطة القضائية، أى إضعاف لها.

وهذه الظاهرة هى ظاهرة غربية أصلاً، ومستوردة حديثاً فى مصر، وبالتالى ينبغى أن يكون محور نقاشها ليس فكرة مساواة المرأة بالرجل أو فكرة حقوق المرأة أو فكرة حقوق الإنسان أو فكرة عدم التمييز، إنما مبدأ الحذر من فتنة الغرب بأفكار الوثنية المسمومة، مصداقاً لقوله تعالى:**﴿يَابَنِي آدَمَ لاَ يَفْتِنَنَّكُمُ الشَّيْطَانُ﴾**([١])، وقوله تعالى:**﴿وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتِنُوكَ عَن بَعْضِ مَآ أَنزَلَ اللّهُ إِلَيْكَ﴾**([٢]).

([١]) آية ٢٧/الأعراف ، ٤٩/ المائدة.

المطلب الثالث
قضاء القضاة وغير المسلمين

٥٦- التأريخ للظاهرة :

منذ بداية الربع الأخير من القرن التاسع عشر حتى منتصف القرن العشرين، عرفت مصر ظاهرة القضاء المختلط، فى صورة قضاء القضاة والأجانب غير المسلمين([١])، ولو لم يكن الأخارى قضاة أصلاً كما كان الشأن فى «القضاء القنصلى».

ومنذ منتصف القرن العشرين، تمخض الأمر عن قضاء مختلط آخر، فى صورة قضاء القضاة والوطنيين غير المسلمين، ولو لم يكن الأخارى قضاة أصلاً كما كان الشأن فى «القضاء الملى» الذى ألغى فى مطلع عام ١٩٥٦، واستمرت تلك الصورة الأخرى للقضاء المختلط.

وهذه الصورة استمرت حتى الآن، لا لشئ، إلا لأن المشرع قد اعتاد على أن ينقل – تقليدياً – الشروط «القديمة» للتعيين فى السلك القضائى بحالتها التى كانت عليها فى زمن المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية([٢]).

وهذه الشروط كانت تكتفى فى شأن علم القاضى بالقانون والتزامه بتطبيقه، بمجرد العلم بالقانون «الوضعى» وحده، دون

([١]) عبد الحميد أبو هيف: السابق – ص ١٩٩ رقم ٢١١-٢١٤، ص ٢٧٥-٢٧٦ رقم ٣٢٨.

([٢]) عبد الحميد أبو هيف: السابق – ص ١٣٣- ١٣٤ رقم ١٢٠، ص ٢٠٠-٢٠١ رقم ٢١٣.

القانون الإلهى المعاصر. وبالتالى فإن هذه الشروط لم تكن تستلزم علم القاضى بالقانون الإلهى المعاصر، أى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن) ولائحته التنفيذية (السنة).

على أن المشرع لم يعتاد هذا المسلك فى التعيين فى السلك القضائى، إلا متأثراً للغاية بمقولة شاعت فى فقه القانون الوضعى. ومفادها([1]) أن هذا القانون قد استأسد بنطاقه على الحياة القانونية فى مصر، بينما نطاق القانون الإلهى قد تقزم – حتى – كاد أن ينحصر فى مسائل الأحوال الشخصية على الأكثر، ولو أن كثير من موضوعاتها قد قننت وضعياً.

على أن هذه المقولة بدورها متأثرة للغاية بمناهج الدراسة فى كليات الحقوق منذ أواخر القرن التاسع عشر. ومن ثم كان الواجب على المشرع أن يعدل عن مسلكه التقليدى السالف ذكره، منذ عام ١٩٨٠ على الأقل، أى منذ تعديل المادة ٢ من الدستور المصرى وتقضى بأن «مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع».

٥٧- اصطلاح «غير المسلمين» :

هذه العبارة أصبحت اصطلاحاً قانونياً([2]). ويقصد به «الأغيار» بالنسبة لاتباع الدين الإلهى (الإسلام) الكامل والتام والحائز لرضا الله تعالى منذ ثلاثينيات القرن السابع الميلادى،

([1]) أنظر مثلاً: حسن كيرة: السابق – ص ٢٠٦ – ٢١١.

([2]) أنظر مادة ثالثة من مواد إصدار القانون ١/٢٠٠٠ بتنظيم إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.

مصداقاً لقوله تعالى:**﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الأِسْلاَمَ دِيناً﴾**(١)

ومن ثم، فكل من عدا هؤلاء الأتباع يندرجون تحت هذا الاصطلاح، حتى لو كانوا هودا أو نصارى، أى حتى لو كانوا أهل كتاب، رغم أنهم مسلمون. إذ كان عيسى عليه السلام والحواريون – مثلاً – مسلمين، مصداقاً لقوله تعالى بشأنه:**﴿... قَالَ مَنْ أَنصَارِيَ إِلَى اللّهِ قَالَ الْحَوَارِيّونَ نَحْنُ أَنْصَارُ اللّهِ آمَنّا بِاللّهِ وَاشْهَدْ بِأَنّا مُسْلِمُونَ﴾**(٢).

على أن هؤلاء الأغيار من أهل الكتاب لم يعودوا أتباع «دين إلهى» كامل وتام وحائز لرضا الله تعالى، إنما أصبحوا منذ العقدين الثانى والثالث فى القرن السابع الميلادى، أتباع مجرد «ملة إلهية» ولو أنها ملة إسلامية بحسب أصلها، حتى «ديانة» إبراهيم عليه السلام الذى كان حنيفاً مسلماً، مصداقاً لقوله تعالى:**﴿مِلّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ ...﴾**(٣) وكذا «ديانة» أهل الكتاب سواء كانوا هوداً أو نصارى، مصداقاً لقوله تعالى:**﴿وَلَنْ تَرْضَىَ عَنكَ الْيَهُودُ وَلاَ النّصَارَىَ حَتّىَ تَتّبِعَ مِلّتَهُمْ﴾**(٤).

وبدهى أن «الدين الإلهى» يختلف عن تلك «الملل الإسلامية»، حتى من حيث الوزن النسبى قانوناً، مصداقاً لقول خاتم الرسل: (عقل أهل الذمة نصف عقل المسلمين)(٥) وقوله أيضاً: (أهل الجنة

---

(١) آية ٣/ المائدة.
(٢-٤) آية ٥٢/آل عمران ، ٧٨/ الحج ، ١٢٠/ البقرة.
(٥) الألبانى: السابق – ص ٧٤٣ رقم ٤٠١٥.

عشرون ومائة ألف صف، ثمانون منها من هذه الأمة وأربعون من سائر الأمم)([1]). فالمستفاد من النصين من الوجهة العلمية/ التاريخية/ القانونية، هو أن نسبة الدين الإلهى النهائى إلى ما سبقه من ملل، هى نسبة الواحد الصحيح إلى النصف، أو هى نسبة الضعف إلى الواحد الصحيح.

وهذا الوزن القانونى النسبى له أثره على ثلاثة أنظمة بوجه خاص، كالتالى: ١- فالمبدأ هو أن الزواج المختلط بين المسلمين وغيرهم محظور، إلا استثناء. ٢- والمبدأ هو أن التوارث المختلط بين المسلمين وغيرهم محظور بإطلاق، أى بلا استثناء عليه. ٣- والمبدأ هو أن الولاية العامة المختلطة محظورة بإطلاق، أى بلا استثناء عليه. لأن هذا المبدأ مقرر لمصلحة القانون الإلهى، وبالتالى فالولاية التشريعية والولاية القضائية بوجه خاص، مقررتان قانوناً للمسلمين، وللمسلمين وحدهم، دون الأغيار.

ومن ثم، فإن هذه الولاية لا تثبت للأغيار وحدهم، ولا تثبت – حتى – لهم مع المسلمين، إنما هى تثبت للمسلمين وحدهم، مصداقاً لما «جاء فى المعاهدة التى تمت بعد الهجرة بين المسلمين واليهود وغيرهم: (أنه ما كان بين أهل هذه الصحيفة من حدث أو شئ يخاف فساده، فإن مرده إلى الله عز وجل وإلى محمد رسول الله)»([2]).

([1]) الألبانى: السابق – ص ٤٩٥ رقم ٢٥٢٦.

([2]) السيد سابق: فقه السنة – جـ٣ – ص ٢٢٥.

وهى بهذا لا تثبت للأغيار، وبصرف النظر عن الديانة، وبالتالى فهى لا تثبت لهم ولو كانوا هوداً أو نصارى. ومبنى ذلك أنها لا تثبت لهم لأنهم غير مؤمنين أصلاً بالقانون الإلهى الأخير والمعاصر والقرآن والسنة – وبالتالى غير مؤتمنين أصلاً – على مبدأ سمو القانون الإلهى المعاصر.

وهذا المبدأ الأخير مقنن فى القانون الإلهى المعاصر، الذى جعل «الأولوية» على التشريع الوضعى و «المرجعية» بالنسبة له وبالتالى بالنسبة للقضاء، هما للقانون الإلهى، أى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن) ولائحته التنفيذية (السنة)، مصداقاً لقوله تعالى:**﴿أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ ...﴾**([1]).

كما أن هذا المبدأ الأخير مقنن – بصورة أو بأخرى – فى الدستور المصرى الحالى، حيث المادة ٢ منه، تقضى بأن: «مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع»، وبالتالى للقضاء.

وبهذا، فإن ظاهرة قضاء القضاة وغير المسلمين هى صورة من صور انتهاك مبدأ: التخصص القضائى بمعناه القانونى العام، ولو كان هؤلاء الأغيار هوداً أو نصارى، أو كانوا يحملون – حتى – شهادة الحقوق من الجامعات المصرية، وبالتالى فإن هذه الظاهرة صورة من صور إنهاك السلطة القضائية.

([1]) آية ٥٩/النساء.

٥٨- موقف محكمة النقض المصرية :

ولذا قضت محكمة النقض فى مصر بأن الأحكام التى تـصدر من هيئة قضائية مختلطة، أى مكونة من قـضاة ووطنيـين غيـر مسلمين، هى أحكام باطلة بطلاناً متعلقاً بالنظام.

وجاء فى حكمها بجلسة ١٩٨٩/٣/٢٢ فى الطعن رقـم ٢٤٧٤ لسنة ٥٦ق، «بأنه إذا كانت الخصومة التى فصل فيها الحكم تنطوى على دعوى مما يوجب القانون بـشأنها تطبيـق أحكـام الـشريعة الإسلامية، وكان الخصوم مسلمين، فإنه يجب أن يكون جميع القضاة الذين اشتركوا فى إصدار الحكم أى الذين سمعوا المرافعات وتداولوا فى إصداره من المسلمين.

ذلك أنه من الأصول المقررة التى انعقد عليها الإجمـاع فـى الشريعة الإسلامية استمداداً من الكتاب والسنة، أنه يشترط فى ولاية القاضى الذى يفصل فى أنزعة المسلمين أن يكون مـسلماً. فيُحظـر على غير المسلم ولاية القضاء على المسلم لانتفاء هذه الولاية شرعاً.

فإذا كان أحد القضاة الثلاثة الذين اشتركوا فى إصدار الحكـم غير مسلم، فإن الحكم يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً متعلقاً بالنظام العام. ويكون لكل ذى مصلحة التمسك به فى أى حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض. وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها وفقاً للمادة ٢٥٣ من قانون المرافعات»([١]).

([١]) فتحى والى: المرجع السابق – ص ٦٢٩-٦٣٠ رقم ٣٣٨، وحاشية رقم ١ ص ٦٣٠.

وقد لوحظ – بحق – أن هذا الحكم «بمنطقه يؤدى إلى بطلان كل حكم يشترك فى إصداره قاض غير مسلم على خصم مسلم، دون تفرقة بين قضية يطبق فيها حكم مستمد من الشريعة أو حكم غير مستمد منها، مادام لا ولاية لغير مسلم على مسلم»(١).

٥٩- موقف فقهى :

وهكذا، فإن محكمة النقض لم تنظر إلى ظاهرة قضاء القضاة وغير المسلمين، إلا من زاوية القانون الإلهى المعاصر، وسموه – حتى – على التشريع الأساسى أى الدستور.

وهذه النظرة تختلف – بطبعها – عن نظرة أستاذنا الدكتور فتحى والى إلى نفس الظاهرة، لكن من زاوية الدستور الوضعى وحده، وبالتالى لدى سيادته أن حكم النقض السالف ذكره: «هو حكم محل نظر. ذلك لأنه .... يخالف مبادئ الدستور المصرى التى تقرر المساواة بين المواطنين فى الحقوق ومنها حق تولى السلطات العامة والوظائف العامة دون تمييز»(٢).

والنظرة الأخيرة تقوم على تصور أن المساواة فى الدستور المصرى طليقة من كل قيد، بينما العكس هو الصحيح تماماً، أى أن هذه المساواة مقيدة بمبادئ الشريعة الإسلامية، أى هى مساواة دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية.، وذلك عملاً بالمادة ٢ من الدستور ذاته.

(١-٢) فتحى والى: المرجع السابق – ص ٦٢٩-٦٣٠ رقم ٣٣٨، وحاشية رقم ١ ص ٦٣٠.

المبحث الثالث
ظاهرة
الأعمال اللامهنية للقضاة

٦٠- عرض :

المقصود بالأعمال اللامهنية للقضاة، هى الأعمال التى تتجاوز التخصص القضائى بمعناه القانونى العام، وتتعداه، لكن تباشرها محاكم أو – حتى – قضاة منفردون، باسم التخصص القضائى، الذى هو برئ منها، وبالتالى تعتبر تلك الأعمال بمثابة انتهاك له.

وهذه الظاهرة لها صور متعددة. وقد أشرنا فيما تقدم إلى إحدى هذه الصور. وهى تتمثل فى التحكيم الإجبارى forcé الذى يشارك فى مباشرته قضاة. فهو بطبعه ليس عملاً قضائياً، إنما هو مجرد معاونة للقضاء، وبالتالى فهيئات التحكيم هى بطبعها من أعوان القضاء. ومن ثم لا يجوز للقضاة أن يباشروه، لأنه لا يجوز لهم أن يجمعوا بين أعمال القضاء وأعمال أعوان القضاء، ولو كانت الأخيرة بأجر، لأن مباشرتهم لها انتهاك لمبدأ التخصص القضائى بمعناه القانونى العام.

أما الصور الأخرى، فهى العمل الاستشارى للمحاكم العليا، والإشراف على الانتخابات، والعمل الاستشارى للقضاة منفردين فى «بلاط» السلطة الإدارية أو فى «بلاط» السلطة التشريعية.

المطلب الأول
ظاهرة
المحكمة الاستشارية

الفرع الأول
محكمة النقض
الاستشارية

٦١- العمل الاستشارى لمحكمة النقض :

انتهاك مبدأ التخصص القضائى بواسطة المشرع الدستورى، لا يقتصر على مجرد سلب اختصاص قضائى وإعطائه للبرلمان ومجلس الشورى، إنما يشمل أيضاً تقليد استحدث بعد ذلك، هو تشغيل محكمة النقض كمستشار فى «بلاط» هذا المجلس أو ذاك بحسب الأحوال.

وهذا التقليد بدأ بالمادة ٨٩ من دستور ١٩٥٦ التى تكررت بعد ذلك فى المادة ٦٢ من دستور ١٩٦٤، وكانت تقضى بأنه: «.... وتختص محكمة عليا يعينها القانون بالتحقيق فى صحة الطعون المقدمة إلى مجلس الأمة. وتعرض نتيجة التحقيق على المجلس للفصل فى الطعن ......».

أما المادة ٩٣ وكذا ٢٠٥ من الدستور الحالى، فقد عينت محكمة النقض مستشاراً فى بلاط مجلس الشعب تارة وفى بلاط مجلس الشورى تارة أخرى، وذلك بنصها على ما يلى:

«وتختص محكمة النقض بالتحقيق فى صحة الطعون المقدمة إلى المجلس بعد إحالتها إليها من رئيسه. ويجب إحالة الطعن إلى

محكمة النقض خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم المجلس بـــه. ويجب الانتهاء من التحقيق خلال تسعين يوماً من تاريخ إحالته إلـــى محكمة النقض. وتعرض نتيجة التحقيق والرأى على المجلس....».

وهذا الدور الاستشارى لمحكمة النقض، لا يخالف فقط مبــدأ: الفصل بين السلطات، إنما يخالف أيضاً مبدأ: استقلال القضاء، بــل يخالف كذلك مبدأ: التخصص القضائى بمعناه القانونى العام.

فوفقاً للمبدأ الأخير، فإن دور الإفتاء القانونى ليــست محاكمــاً قضائية، ولا المحاكم القضائية دوراً للإفتاء القــانونى، وبالتــالى لا يجوز لتلك المحاكم إعطاء إفتاءات قانونية لأحد أياً كان، أى ســواء كان هو البرلمان أو مجلس الــشورى أو غيرهمــا، أو – حتــى – للمتقاضين، ولو طلبوا هذه الإفتاءات مباشــرة بطريــق «دعــاوى» اشتهرت تسميتها فقهياً بــــ «الــدعاوى الاســتفهامية» Actions interrogatoires ، أى الدعاوى التى يكون المطلوب فيها مجــرد استفهام، ولو كان استفهاماً قانونياً([1]).

لذا، فإن الإجماع([2]) منعقــد منــذ قــديم علــى أن الــدعاوى الاستفهامية تتجاوز الفكرة القانونية للدعوى القــضائية action en justice بالمعنى الدقيق، وتتعداها إلى فكرة أخرى مختلفــة وغيــر مشروعة قانوناً، وبالتالى لا يجوز للقضاء أن يقبلها.

([1-2]) محمد حامد فهمى: المرافعات المدنية والتجارية – ١٩٣٨ مطبعة النصر – ص ٣٨٥ رقم ٣٣٦، وجدى راغب فهمى: مبادئ القضاء المــدنى – ط١ – ١٩٨٧/٨٦ – دار الفكر العربــى – ص ٩٨، رمــزى ســيف: الوسيط فى شرح قانون المرافعات المدنيــة والتجاريــة – ١٩٦٨/٦٧– ص١٣١ – ١٣٢ رقم ٩٤.

وإحالة الطعن فى صحة العضوية إلى محكمة النقض، لا هـى فى ذاتها طعن قضائى أمام تلك المحكمة، ولا هى أكثر مـن طلـب استشارة قانونية (رأى) بشأن هذا الطعن ولو اقتضى الأمر تحقيقـه، وبالتالى يتمخض الأمر بالنسبة لمحكمة النقض عن دور استـشارى. واستشارة غير ملزمة قانوناً لأحد، أى مجرد رأى وليس إلا.

وهذا الدور يتجاوز مبدأ التخصص القضائى بمعناه القـانونى العام، وبالتالى لا يليق بمحكمة النقض أن تقوم به أصلاً، وذلك أمـر قد روعى تماماً من جانب المشرع حالة إنشاء محكمة النقض بصفة خاصة. لذا فإن «الشارع قد رأى ألا يجعل عمل محكمة الـنقض – وهى هيئة قضائية – مقصوراً على ما يشبه مجـرد الإفتـاء فـى المسائل القانونية المتنازع فيها، دون أن يكون لرأيها أثر إيجابى فى مراكز المتقاضين وحقوقهم، فجعل لها أن تحكم ....»([1]).

ومن ثم، كان «ينبغى ألا يغيب عن الذهن أن محكمة النقض – أياً كانت الغاية التى قصدت من إنشائها وأياً كانت فى الأصل صـفة المصالح التى تقوم على أساسها – هى هيئة قضائية عملها المباشـر هو الحكم .... تؤديه فى حدود وظيفتها القضائية، وتتقيد فيـه بكـل القيود العامة التى يخضع لها القضاة فى أداء وظيفتهم»([2]) فى إطار مبدأ: التخصص القضائى بمعناه القانونى العام.

([1]) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى: السابق – ص٦ رقم٣ .

([2]) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى: السابق – ص ٧ رقم ٤ .

وبعبارة أخرى، كان يجب على المشرع الدستورى أن يحترم مبدأ التخصص القضائى، وألا يسند إلى محكمة النقض مجرد دور استشارى بالنسبة للطعون فى صحة عضوية مجلس الشعب أو مجلس الشورى، لأنه لا يجوز لهذه المحكمة – وهى هيئة قضائية – أن تعمل مستشاراً فى بلاط هذا المجلس أو ذاك.

الفرع الثانى

المحكمة الدستورية

الاستشارية

٦٢- العمل الاستشارى للمحكمة الدستورية العليا :

ومبدأ: أن المحاكم ليست دوراً للإفتاء القانونى لأحد، وبالتالى لا يجوز لها إعطاء إفتاءات، إنما هو واحد من مبادئ التخصص القضائى بمعناه القانونى العام، وبالتالى فهو يسرى – حتى – على المحكمة الدستورية العليا، التى أُسند إليها مؤخراً دوراً استشارياً فى «بلاط» رئاسة الدولة، وذلك بموجب المادة ٧٦ من الدستور، وتقضى بما يلى:

«يعرض رئيس الجمهورية القانون المنظم للانتخابات الرئاسية على المحكمة الدستورية العليا، بعد إقراره من مجلس الشعب وقبل إصداره، لتقرير مدى مطابقته للدستور. وتصدر المحكمة قرارها فى

هذا الشأن خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ عرض الأمر عليها. فإذا قررت المحكمة عدم دستورية نص أو أكثر من نصوص المشروع رده رئيس الجمهورية إلى مجلس الشعب لإعمال مقتضى هذا القرار ......».

وفضلاً عن أن هذا الدور الاستشارى لا يختلف – من حيث طبيعته – عن الدور الاستشارى لمحكمة النقض فى بلاط البرلمان ومجلس الشورى، فإنه يذكرنا بالنظام الفرنسى فى عصر ما قبل الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩.

فهذا النظام الأخير، «كان .... لا يعرف .... نظام الفصل بين السلطات. وكانت المحاكم، وبصفة خاصة المحاكم العليا فيها والتى كانت تسمى البرلمانات، تباشر أعمال .... السلطة التشريعية فى نفس الوقت. فكانت هذه البرلمانات تدعى لنفسها الحق فى تسجيل أو رفض تسجيل المراسيم الملكية. وكان عدم التسجيل يساوى عدم إصدار التشريع، وهو ما يؤدى إلى عدم نفاذه»(١).

كل ما هناك أن دور المحكمة الدستورية العليا ليس أكثر من دور استشارى، وبالتالى فإن ما يصدر عنها ليس أكثر من استشارة قانونية، أى رأى غير ملزم لأحد أياً كان، وبصرف النظر تسميته بـ «قرار» أو نشره فى الجريدة الرسمية، أو وصفه بالإلزامية للكافة

---

(١) سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق – ص ٥١٦ رقم ١٥٥.

ولجميع سلطات الدولة، حتى لو ورد النص على ذلك كله في الدستور، حيث المادة ٧٦ منه تقضي بأنه: «وفي جميع الأحوال يكون قرار المحكمة ملزماً للكافة ولجميع سلطات الدولة وينشر في الجريدة الرسمية خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره».

فالدستور لا يملك أن يُغير حقيقة الأمور، وبالتالي فإن هذا النص لا يمنع من جواز الطعن – بعد ذلك بعدم الدستورية – على قانون الانتخابات الرئاسية، وكأن المحكمة الدستورية لم تفعل بشأنه أكثر من إعطاء استشارة، خاصة أنه لا يجوز لها أصلاً أن تعطى استشارات – حتى – لرئاسة الدولة.

٦٣- حاجة المحاكم إلى الاستشارات القانونية :

مبدأ التخصص القضائي، وإن كان يُحظر على المحاكم العليا والدنيا إعطاء إفتاءات قانونية على تقدير أن تلك المحاكم ليست دوراً للإفتاء، لكنه لا يُحظر عليها الاستعانة بالإفتاءات القانونية التي تقدم إليها وفق الأنظمة الخاصة بتلك المعاونة.

كنظام تدخل النيابة العامة([١]) وجوباً أو جوازاً في الدعاوى المدنية ودعاوى الأسرة، ونظام هيئة المفوضين في قانون مجلس الدولة وفي قانون المحكمة الدستورية العليا، ونظام نيابة النقض،

([١]) وجدى راغب فهمى: السابق – ص ٢٠٧.

ونظام هيئة التحضير فى المحاكم الاقتصادية([1])، ونظام دور مفتى الجمهورية بشأن أحكام الإعدام.

وينبغى أن نؤرخ علمياً لهذه الفكرة الإجرائية منذ عصر الخليفة الراشد عمر رضى الله عنه، الذى أرسل إليه والى اليمن يستشيره فى مسألة قتل الجماعة بالفرد، بمناسبة اشتراك امرأة وخليلها فى قتل ابن زوجها، فرد عليه عمر بقوله: «لو تمالأ عليه أهل صنعاء قتلتهم به».

المطلب الثانى
ظاهرة
الإشراف على الانتخابات

٦٤- مشكلته :

منذ عام ١٩٧١ فى مصر استحدث المشرع الدستورى فكرة الإشراف على الانتخابات، وبالتالى كانت المادة ٨٨ من الدستور تنص على أنه : «.... على أن يتم الاقتراع تحت إشراف أعضاء من هيئة قضائية». ثم أصبحت مؤخراً تنص على أنه: «.... تتولى لجنة عليا تتمتع بالاستقلال والحيدة الإشراف على الانتخابات ..... على أن يكون من بين أعضائها أعضاء من هيئات قضائية حاليين

([1]) أحمد حشيش: مبادئ المحاكم الاقتصادية فى ضوء مبدأ سمو القانون الإلهى – دار النهضة العربية – ٢٠١٠ القاهرة – ص ١٩٢-١٩٦ رقم ١٢١- ١٢٢.

وسابقين. وتشكل اللجنة اللجان العامة التى تشرف على الانتخابات .... على أن تشكل اللجان العامة من أعضاء من هيئات قضائية، وأن يتم الفرز تحت إشراف اللجان العامة .....».

على أن انبهارنا بهذا الاستحداث قبل أو بعد تطويره، لا يجب أن يلهينا عن ثلاثة أمور، كالتالى:

١- أن عبارة «الإشراف القضائى» على الانتخابات ليست عبارة صحيحة قانوناً، ولو شاعت تلك العبارة فى الأدبيات الفقهية.

٢- وهى عبارة غير صحيحة قانوناً، سواء أخذنا عبارة «هيئة قضائية» أو «هيئات قضائية» بمعناها الدقيق الذى يقصرها على القضاة وحدهم، أو أخذنا بمعناها الواسع الذى لا يقصرها على القضاة وحدهم، إنما يمتد هذا المعنى - حتى - إلى «هيئة محاماة الدولة»، أى هيئة قضايا الدولة وذلك بموجب المادة ١ من قانونها ١٩٦٣/٧٥ وهيئة النيابة الإدارية وذلك بموجب المادة ١ من قانونها ١٩٥٨/١٢ بعد تعديلهما فى عامى ١٩٨٦ و ١٩٨٩ على التوالى.

وهى عبارة غير صحيحة قانوناً، حتى لو بوشر هذا الإشراف بواسطة القضاة وحدهم. لأن هذا الإشراف يتجاوز مبدأ: التخصص القضائى بمعناه القانونى العام، ويتعداه إلى مجرد عمل إدارى بطبعه، وبالتالى فهو من الأعمال اللامهنية للقضاة.

٦٥- طبيعته :

هذا الإشراف هو عمل إدارى بطبعه، الذى لن يُغيره مجرد مباشرته بواسطة قضاة يقومون به خارج المحكمة، خاصة أن مباشرتهم له بمثابة انتهاك لمبدأ: التخصص القضائى، وذلك بصرف النظر عن النص الدستورى الذى يجيز لهم مباشرة هذا الإشراف، لأن هذا النص بمثابة انتهاك لمبدأ: التخصص القضائى بمعناه القانونى العام.

ولا يجب أن يُلهينا عن الطبيعة «الإدارية» لهذا الإشراف، أى جدل حول دلالة لفظ «الإشراف» لغوياً واصطلاحياً، ولو كان الجدل من جانب المحكمة الدستورية العليا، التى قالت: «..... معنى الإشراف على الشئ أو الأمر لغة – على ما يبين من الجزء الأول من المعجم الوسيط الصادر عن مجمع اللغة العربية، الطبعة الثالثة، صفحة ٤٩٨ –: (أشرف عليه: تولاه وتعهده وقاربه. وأشرف الشئ له: أمكنه). وإذ لم يكن للفظ الإشراف دلالة اصطلاحية تخالف دلالته اللغوية ....»(١). فهذا الجدل لغوى بحت، ولا علاقة له بالدلالة الاصطلاحية، التى لا يُغنى عنها، أى معنى لغوى لاصطلاح «الإشراف».

---

(١) حكم الدستورية العليا – جلسة ٢٠٠٠/٧/٨ – قضية ١١ لسنة ١٣ قضائية دستورية.

فيكفى ما تلقيناه عن أساتذتنا فى «علم الإدارة العامة»، حيث هذا الإشراف عنصر من عناصر فكرة الإدارة، التى لها ستة عناصر أحدها هو الإشراف.

ولا يجب – بالتالى – أن يُلهينا شيئاً عن «حقيقة» مباشرة القضاة لهذا الإشراف، ولو كان هذا الشئ دفاعاً عن النص الدستورى الذى أجاز لهم ذلك، خاصة إذا كان هذا الدفاع مجرد تفلسف من جانب المحكمة الدستورية العليا التى راحت تبرر هذا النص الدستورى بمقولة: «.... الدستور القائم أورد فى مادته الثامنة والثمانين نصاً غير مسبوق لم تعرفه الدساتير المصرية من قبل .... مما يقطع أن المشرع الدستورى – احتفاء منه بعملية الاقتراع بحسبانها جوهر حق الانتخاب – أراد أن يُخضعها لإشراف أعضاء من هيئة قضائية ضماناً لمصداقيتها وبلوغاً لغاية الأمر منها، باعتبار أن هؤلاء هم الأقدر على ممارسة هذا الإشراف بما جبلوا عليه من الحيدة وعدم الخضوع لغير ضمائرهم – وهو ما تمرسوا عليه خلال قيامهم بأعباء أمانتهم الرفيعة – حتى يتمكن الناخبون من اختيار ممثليهم فى مناخ تسوده الطمأنينة ....»(١).

لأن هذه المحكمة تتفلسف، وبالتالى لم تلتفت إلى أن هذا النص الدستورى يخالف مبدأ: الفصل بين السلطات، ومبدأ استقلال السلطة القضائية، ومبدأ: التخصص القضائى بمعناه القانونى العام، ولو أن هذا النص الدستورى دليل على أن القانون الوضعى قد أعيته الحيل

---

(١) حكم الدستورية العليا – السابق.

بشأن تزييف الانتخابات البرلمانية، وهو الأمر الذى كـان يقتـضى الرجوع إلى القانون الإلهى للبحث عما إذا كان الأصل فى البرلمان هو البرلمان غير النيابى أم البرلمان النيابى([1])؟

٦٦- هيئة محاماة الدولة :

مبدأ التخصص القضائى بمعناه القانونى العام، لا يجيز للمحاكم أو للقضاة العمل فى «بلاط» السلطة التشريعية أو فـى «بـلاط» السلطة الإدارية، ولو لإعطاء استشارات قانونيـة، ولا – حتـى – للإشراف على انتخابات البرلمان أو مجلس الشورى أو غيرها مـن الانتخابات.

ومن ثم، فإن نص المادة ٨٨ من الدستور لا يلزم القضاة بهذا الإشراف، ولا يخولهم «حقاً» فيه، وذلك بصرف النظر عن تـصور البعض من القضاة وتظاهرهم بناء على هـذا التـصور الخـاطئ. فهؤلاء انبهروا ببريق الحرية والديموقراطية، ولم يلتفتوا – حتـى – إلى مقتضيات مبدأ: التخصص القضائى بمعناه القانونى العام.

فنص المادة ٨٨ من الدستور لم ينشئ حقاً فى هذا الإشـراف، إلا لهيئة محاماة الدولة، أى هيئة قضايا الدولة وهيئة النيابة الإدارية، ولو أنهما لا تختلفان – من حيث الطبيعة – عـن هيئـات محامـاة (الإدارات القانونية) الأشخاص الاعتبارية الأخرى، خاصة أن تلـك

([1]) أنظر بالتفصيل: أحمد حشيش: مركز الشعب والدولة والرئاسة والبرلمـان واللغة العربية – فى ضوء مبدأ سمو القانون الإلهى – دار النهضة العربية ٢٠١٠ – ص ١٢٧ – ١٧١ رقم ٧٧ – ١١٤.

الهيئات تباشر قضايا وتحقيقات معاً. بل إن هذه أو تلك لا تختلف – من حيث الطبيعة – عن هيئة المحاماة العامة التي أعضاءها المحامون في النقابة العامة للمحاماة.

وكان بوسع المشرع الدستوري أن يسند لهؤلاء جميعاً الإشراف على الانتخابات ضماناً لمصداقيتها وبلوغاً للغاية من الأمر، وباعتبار أن هؤلاء هم الأقدر على ممارسة هذا الإشراف، وبمراعاة أن هذه المحاماة – شأنها شأن القضاء – هي في الأصل رسالة بمعنى الرسالة في القانون الإلهي، وكان أول من باشرها في التاريخ الإنساني هو هارون عليه السلام، الذي اقتصر دوره على معاونة أخيه موسى عليه السلام، مصداقاً لقوله تعالى**﴿وَلَقَدْ آتَيْنَا مُوسَى الْكِتَابَ وَجَعَلْنَا مَعَهُ أَخَاهُ هَارُونَ وَزِيراً﴾**(١).

المطلب الثالث

عمل القضاة بالاستشارات

٦٧- تنامي الظاهرة :

مبدأ التخصص القضائي بمعناه القانوني العام، لا يجيز للقضاة العمل في «بلاط» السلطة التنفيذية أو في «بلاط» السلطة التشريعية، ولو لإعطائها استشارات قانونية، ولو بطريق الندب إلى هذا البلاط أو ذاك، ولو بموافقة المجالس القضائية العليا، وبصرف النظر – حتى – عن علو أو تدني مرتبات القضاة.

---

(١) ٣٥/ الفرقان.

لذا، فإن النصوص التشريعية التى تُجيز للقضاة عكس ذلك، إنما تنتهك مبدأ التخصص القضائى معناه القانونى العام. وهذه النصوص لم تعدم من يدافع عنها ويُفلسف ضرورتها، رغم علمه يقيناً بأنها لا تنال فحسب من استقلال القضاء إنما تنال أيضاً من كرامته.

لكنها نصوص وضعت دون تروٍّ ودون تمعن، ولم توضع إلا فى ظل «النظرة إلى القضاء على أنه مجرد مرفق عام»([1]) وبالتالى «فالقاضى يُنظر إليه كموظف عام يؤدى خدمة عامة، وليس كشخص يتمتع بسلطات خطيرة خاصة»([2]).

وواضعها لم يتمهل – حتى – ليسأل نفسه، عما إذا كان ولاء المنتفعين من تلك النصوص سيكون للسلطة القضائية أم للسلطة المنتدب إليها، أم لهما معاً رغم استحالة التوفيق بين الولائين قانوناً، مصداقاً لقوله تعالى:**﴿مَّا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ﴾**([3]).

بل هو – حتى – لم يستفد من التجربة المصرية التاريخية فى هذا الشأن. إذ «حاول البعض فى مصر، استناداً إلى نظرية المرفق العام، أن يُبرر انضمام أعضاء الهيئة القضائية إلى الاتحاد الاشتراكى العربى. وقد لاقت هذه المحاولة مقاومة شديدة من معظم رجال القضاء. وأصروا على أن القضاء سلطة عامة وليس مجرد مرفق عام. وكان الصراع بين الطرفين من أسباب الاعتداء على القضاء سنة ١٩٦٩ بمقتضى قانون إعادة تشكيل الهيئات القضائية

([1-2]) محمد عبد الخالق عمر: السابق – ص ٣٣.

([3]) آية ٤ / الأحزاب.

الذى عزل ونقل إلى جهات أخرى عدداً كبيراً من رجـال القـضاء وعلى رأسهم رئيس محكمة النقض فى ذلك الوقت»([١]).

بينماً «الحقيقة أن مركز القاضى فى القانون المـصرى، وإن كان لا يرقى إلى مركز القاضى فى القانون الإنجليزى، إلا أن هذا لا يبرر أن نعتبر القاضى موظفاً عادياً من موظفى الدولة»([٢]) بحيـث يجوز حتى ندبه – كل الوقت أو بعضه – للعمل فى بـلاط الـسلطة التنفيذية أو فى بلاط السلطة التشريعية، ولـو لإعطـاء استـشارات قانونية.

٦٨- نشاط القضاة فى ناديهم :

هذا النشاط يُعد من الأعمال اللامهنية أصلاً، كما يُعد – حتى – من الأعمال اللانقابية، حتى لو «أدت الأحداث السياسية إلى خـروج النادى عن غرضه الأصلى، وإلى اتباعه أساليب العمل النقابى للدفاع عن استقلال وكرامة القضاء»([٣]).

فقد أنشئ فى مصر نادياً للقضاة منذ أوائل الأربعينيات. لـيس فقط لحاجتهم إلى نادٍ لهم، إنما أيضاً لحاجتهم إلى نادٍ يُغنـيهم عـن النوادى الأخرى، بل كذلك لحاجتهم إلى نادٍ واحد قائم بذاته يـضمهم جميعاً معاً، ولو كانت له فروعه فى المحافظات.

وهو بهذا ليس أكثر من ناد، ولو كان نادياً طائفياً، ولـو كـان يختلف بطبعه «الإقليمى» عن غيره من النوادى الطائفية التى هـى «محلية» فحسب، كنوادى أعضاء هيئات التدريس الجامعى حيث لكل جامعة ناديها الخاص بأعضائها من هيئة التدريس بها.

([١-٣]) محمد عبد الخالق عمر: السابق – ص ٣٣-٣٤.

ومن ثم «فإن هذا النادى ليس تنظيماً نقابياً»([1]). فلا هو نقابة مهنية للقانون كما هو الشأن فى نقابة المحامين. ولا هو نقابة مهنية للقضاة، خاصة أن «القاضى باعتباره عضواً فى سلطة عامة، ليس له أن ينضم إلى أى تنظيم نقابى. كما أنه ليس للقضاة أن يمارسوا أساليب العمل النقابى فى الضغط والمفاوضة للحصول على مزايا مادية أو أدبية»([2]).

وعبثاً يحاول البعض أن يخلع هذا النادى من ربقة وزارة التضامن الاجتماعى، كأن على رأس هذا النادى ريشة، أو كأن تبعية الإشراف عليه لتلك الوزارة بمثابة سبة له، أو كأن عزة إثم العظمة على أى إشراف عليه قد أخذته.

وربما حال القضاء لم يتغير كثيراً عما كان عليه منذ مطلع الربع الأخير من القرن الماضى، رغم انقضاء خمس وثلاثين سنة، وبالتالى مازال «القضاء المصرى فى الوقت الحاضر يمر بمرحلة دقيقة. ولذلك يجب على القضاة أنفسهم أن يكونوا حريصين كل الحرص على مراعاة القواعد السليمة فيما يتعلق بإبداء آرائهم الجماعية، وفيما يتعلق بتحقيق مطالبهم. ونعتقد أن إبداء الرأى عن طريق الجمعيات العمومية للمحاكم للدفاع عن المصلحة المشتركة للقضاة هو أفضل الوسائل»([3])، وذلك هو ما اتبعته الجمعية العمومية لمجلس الدولة إزاء – حتى – مشكلة عمل المرأة فى هذا المجلس.

(١-٣) محمد عبد الخالق عمر: الإشارة السابقة.

الفصل الثالث

انتهاك

مبدأ: حق التقاضى

٦٩- عرض وتقسيم:

مبدأ: حق التقاضى droit d'agir en justice، إذ هو عنصر فى مناط النظام القضائى وذلك على نحو ما تقدم بيانه، فهو إذن واحد من مبادئ هذا النظام. والمشكلة النظامية القضائية قد تتعلق بهذا المبدأ ذاته، وتكون بالتالى انتهاكاً له.

وهذا الانتهاك موجود فى مصر حالياً، وله مظاهر متعددة ومتباينة، وتتمثل فى ظاهرة اختزال حق التقاضى، وظاهرة اختلال حق التقاضى، وظاهرة مصادرة حق التقاضى. ومن ثم، فإن محتويات الفصل الراهن تتوزع على النحو التالى:

مطلب تمهيدى: مبدأ حق التقاضى.

المبحث الأول: ظاهرة اختزال حق التقاضى.

المبحث الثانى: ظاهرة اختلال حق التقاضى.

المبحث الثالث: ظاهرة مصادرة حق التقاضى.

المطلب التمهيدى
مبدأ
حق التقاضى

٧٠- عرض:

فكرة حق التقاضى مازالت غامضة فى الفقه المقارن، سواء فقه القانون الوضعى، أو – حتى – فقه القانون الإلهى (الشريعة) ذلك الفقه الذى لم يعرف بعد سوى «الدعوى القضائية»، ولم يعرف – حتى – فكرة التقاضى على مرحلتين، وبالتالى ما زال ينظر إلى فكرة حق التقاضى وكأنها من أفكار التشريع الوضعى وحده.

الفرع الأول

غموض

فكرة حق التقاضى

٧١- دور الخيال اللاعلمى واللامنهجى:

ملاحظ أن «فكرة» حق التقاضى مازالت مطرودة من نطاق العلم الإجرائى المقارن. وهى مستبعده من هذا النطاق، بناء على اعتبارين تقليديين، ولو أنهما يتجاوزان العلم، ويتعدياه إلى اللاعلم أى يتعدياه إلى الخيال العلمى Science fiction، أو بالأحرى الخيال اللاعلمى واللامنهجى، وهما كالتالى:

١- النظرة التقليدية إلى «فكرة حق التقاضى»، وكأنها ظاهرة دستورية وضعية بحته([1])، موضوعها بالتالى حق عام أو حرية عامة أو رخصة عامة([2]) وهى بهذا تخرج عن دائرة التخصص العلمى المعهودة للفقه الإجرائى المقارن. وقد تعاقب زمان طويل

([1-2])وجدى راغب فهمى: النظرية العامة للعمل القضائى فى قانون المرافعات – رسالة ط ١٩٧٤ – منشأة المعارف – ص٤٧٤، إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائى الخاص – جـ١ – ١٩٧٤ – منشأة المعارف – ص١٣٧ – ١٤٠ رقم ٤٩ – ٥٠، رمزى سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – ط٨ – ١٩٦٩/٦٨ – ص١٠٥ – ١٠٧ رقم ٧٢.

على تلك النظرة التقليدية، فاستقرت وتقادمت ورسخت، حتى كادت تصبح من المسلمات.

٢- النظرة التقليدية إلى «موضوعات» العلم الإجرائى المقارن، وكأنها لا تتسع لأكثر مما استغرق هذا العلم من أفكار أساسية ثلاثة على الأكثر، هى: القضاء والدعوى والخصومة، فلا مكان إذن فى نطاق هذا العلم لحق التقاضى، اللهم إلا الخلاف المبدئى حول مدى «ذاتية» حق الدعوى القضائية droit d'action en justice واستقلاله عن حق التقاضى droit d'agir en justice، ولو كان الحق الأخير مكفولاً للناس كافة ولكل شخص على حده، إنما صرح به بالنسبة للدعوى فقط.

بل – حتى – موضوع هذا الخلاف الأخير ما زال محل بحث وتردد، ولم يصل الرأى بشأنه إلى يقين كامل، وذلك لأن حق التقاضى لا يقل عن حق الدعوى القضائية، من حيث الغموض والإبهام، ولو لم يصرح الفقه بهذا الغموض والإبهام بالنسبة لحق التقاضى.

ومن ثم، فإن مقولة أن حق التقاضى وحق الدعوى القضائية بمثابة شئ واحد كما يذهب فقهاء القانون العام، لا تختلف عن مقولة أنهما شيئان مختلفان كما يذهب فقهاء القانون الإجرائى، وذلك من حيث قيام هاتان المقولتان على مجرد الحدس والتخمين حتى الآن.

ولا ريب أن الغموض والإبهام فى فكرة حق الدعوى القضائية أو فى فكرة حق التقاضى، إنما هو بمثابة سبب للآخر، ونتيجة له،

ولو أن الحقان ليسا شيئاً واحداً من حيث النطاق، ولا شيئين مختلفين من حيث الطبيعة الإجرائية.

٧٢- تداعيات منهج تفسير حق التقاضى:

على أن تداعيات المنهج التقليدى لدراسة حق التقاضى، أى تداعيات منهج التفسير، لا تقتصر على مجرد غموض فكرة حق التقاضى، حتى فى فقه القانون الإلهى (الشريعة)، إنما هى تشمل أيضاً ثلاثة مثالب أخرى كالتالى:

١- النظرة التقليدية إلى مبدأ: حق التقاضى، وكأنه منقطع الصلة تماماً بمبدأ: المرجعية القضائية، أى مبدأ التخصص القضائى بمعناه العام السالف بيانه.

بينما الحقيقة أن العلاقة بين هذين المبدأين، ليست فقط علاقة وثيقة وتستعصى على الإنكار، إنما هى أيضاً علاقة تلازم بحيث يستحيل فصلهما عن بعضهما، بل هى كذلك علاقة لزوم بحيث يستحيل وجود أحدهما دون وجود الآخر، وبالتالى فالمبدأ: أن التقاضى للناس كافة ولكل شخص على حده أمام المرجع المخصص للقضاء والمختص به والمتخصص فيه.

وهذا المبدأ مقنن منذ الثلث الأول من القرن السابع الميلادى، فى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن)، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ .....﴾**.

كما هو مقنن بالتالى فى المادة (١/٦٨) من الدستور الوضعى المصرى، وتقضى بأن: «التقاضى.....للناس كافة ولكل شخص.... أمام قاضيه الطبيعى».

٢- النظرة التقليدية إلى مبدأ: حق التقاضى أمام المرجع القضائى، وكأنه منقطع الصلة تماماً بمبدأ: التقاضى على درجتين، اعتقاداً بأن هذا المبدأ الأخير ينظم فقط «درجات» التقاضى، ولا ينظم مطلقاً حق التقاضى، وبالتالى فهو يعتبر مجرد مبدأ من مبادئ الخصومة، أو – بالأكثر – من مبادئ النظام القضائى.

بينما الحقيقة أن هذا المبدأ الأخير يُعد واحداً من مبادئ نظام حق التقاضى، ويتعلق مباشرة بنطاق هذا الحق بوجه خاص، أى هو ينظم النطاق القانونى لحق التقاضى، واختلافه عن حق الدعوى.

٣- النظرة التقليدية إلى «فكرة» حق التقاضى، وكأن لها من الطابع السياسى أكثر بكثير مما لها من طابع قانونى d'ordre à peu prés exclusivement politique، وهو الأمر الذى يجعلها فكرة مرنة للغاية بالنسبة للمشرع الوضعى، كما يجعل بالتالى لهذا المشرع الحرية المطلقة فى تنظيمها، ولو – حتى – باختزال حق التقاضى أو الإخلال به أو مصادرته بحسب الأحوال، أى ولو أفضت تلك الحرية المطلقة للمشرع إلى اعتلال صحة «التقاضى بالنسبة للمتقاضين».

فبدهى، أن مثالب الحرية المطلقة للمشرع فى تنظيم حق التقاضى، لا تقع إلا على عاتق المتقاضين، الذين يشهد لهم التاريخ المقارن بالدعاء المأثور فى فرنسا قبل الثورة: «اللهم أحمنا من عدالة المحاكم» Dieu nous gards de l'equité de parlements.

على أن ظاهرة اعتلال صحة التقاضى موجودة فى مصر حالياً، ولا تقتصر على ما يشار إليه فى الأدبيات الفقهية المعاصرة بعبارات: «بطء التقاضى» أو «إطالة أمد النزاع» أو «إطالة أمد التقاضى» أو «تأخر مجئ العدالة» أو «ازدحام المحاكم بالقضايا»، أو ما كان يشار إليه فى الأدبيات القديمة بعبارات: «الصلح السئ أفضل من أحسن خصومة قضائية» une transaction vieux mieux qu'un bon process.، وكذا: «التحكيم السئ أفضل من القضاء ولو كان عادلاً».

وليس من المبالغة فى شئ، أن يقال أن حق التقاضى يعد أكثر الحقوق انتهاكاً حالياً، وذلك من جانب المشرع الوضعى، سواء المشرع العادى أو – حتى – المشرع الدستورى بحسب الأحوال، وهو الأمر الذى دعا البعض إلى إعتبار حق التقاضى من قبيل «حقوق الإنسان»، رغم ما هو ثابت تاريخياً من أن حق التقاضى لم يُلازم الإنسان فى نشأته الأولى، أى أن هذا الحق لم يكن موجوداً فى عصر آدم عليه السلام.

الفرع الثانى
نطاق
حق التقاضى

٧٣- مفهوم حق التقاضى:

التقاضى بطريق الدعوى بعد ضرورة عصرية ملحة دائماً. فلولاه لكان لكل شخص أن يُنصب نفسه قاضياً لنفسه، وذلك أمر غير

جائز قانوناً nul ne se faire justice à soi meme لأنه يفضى حتماً إلى الظلم.

لذا فإن الجائز قانوناً هو التقاضى بطريق الدعوى، سواء على المستوى العام أى بالنسبة للناس كافة، أو على المستوى الفردى أى بالنسبة لكل شخص على حده، وبالتالى نصت – مثلاً – المادة ٦٨ من الدستور المصرى الحالى على أن «التقاضى حق... للناس كافة ولكل شخص.... إلى قاضيه الطبيعى»، أى إلى القاضى المخصص للقضاء والمختص به والمتخصص فيه.

على أن هذا المبدأ مقنن منذ الثلث الأول من القرن السابع الميلادى، فى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن)، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمّ لاَ يَجِدُواْ فِيَ أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مّمّا قَضَيْتَ وَيُسَلّمُواْ تَسْلِيماً﴾** ([١]).

فالمستفاد تأويلياً من هذا النص، أن التقاضى بطريق الدعاوى والأحكام والامتثال لحجيتها وتنفيذها طواعية، ليس أمراً جائزاً على المستوى الفردى فحسب، إنما هو أيضاً أمر جائز على المستوى العام أى للناس كافة، بل هو كذلك واجب عام، على أن يكون هذا التقاضى أمام المرجع القضائى أى المرجع المخصص للقضاء والمختص به والمتخصص فيه، لكيلا يجد الناس حرجاً فيما يقضى به، أى يتمثلوا لحجيته، ويسلموا بما قضى به تسليماً نهائياً، وينفذوه طواعية.

([١]) ٦٥/النساء.

٧٤- بنيان حق التقاضى:

وحق التقاضى، ليس فقط حق التقاضى أمام المرجع المخصص للقضاء والمختص به والمتخصص فيه، إنما هو أيضاً حق التقاضى على مرحلتين متعاقبتين الواحدة تلو الأخرى على الأقل وبالأكثر، وبالتالى فإن حق التقاضى يختلف عن حق الدعوى القضائية، سواء من حيث نطاقه، أو من حيث وزنه النسبى قانوناً. لأنه حق التقاضى بدعوى قضائية تلو دعوى قضائية أخرى، وبالتالى فإن الوزن القانونى لحق التقاضى نسبة إلى حق الدعوى القضائية، هو وزن مضاعف.

وتاريخياً، هذه المضاعفة لم تُعرف لأول مرة فى التاريخ الإنسانى، إلا فى القرن السابع عشر قبل الميلاد، وحتى قبل نشأة روما وأثينا واسبرطة القديمات فى منتصف الألف الأول قبل الميلاد، وقبلها بأكثر من ألف سنة.

فاستكمال بنيان حق التقاضى وذلك بظهور حق الطعن لأول مرة فى التاريخ الإنسانى، لم يبدأ إلا فى عصر يوسف عليه السلام فى مصر فى زمن الهكسوس، وعلى يد يوسف نفسه، ولو أنه عليه السلام لم يبتكر «حق الطعن»، إنما تلقى العلم به ضمن ما تلقاه مباشرة من العلم من ربه، مصداقاً لقوله تعالى بشأن يوسف: **﴿وَلَمَّا بَلَغَ أَشُدَّهُ آتَيْنَاهُ حُكْماً وَعِلْماً وَكَذَلِكَ نَجْزِي الْمُحْسِنِينَ﴾**(١).

---

(١) ٢٢/يوسف.

لذا فإن يوسف عليه السلام- وحتي في زمن الإجراءات القضائية الشفهية- هو أول من استخدم حق الطعن في الحكم الذي صدر في قضية التحرش الجنسي النسائي المشهورة مصداقاً لقوله تعالي بشأن يوسف:

﴿... فَلَمّا جَآءَهُ الرّسُولُ قَالَ ارْجِعْ إِلَىَ رَبّكَ فَاسْأَلْهُ مَا بَالُ النّسْوَةِ اللاّتِي قَطّعْنَ أَيْدِيَهُنّ إِنّ رَبّي بِكَيْدِهِنّ عَلِيمٌ . قَالَ مَا خَطْبُكُنّ إِذْ رَاوَدتّنّ يُوسُفَ عَن نّفْسِهِ قُلْنَ حَاشَ للّهِ مَا عَلِمْنَا عَلَيْهِ مِن سُوَءٍ قَالَتِ امْرَأَةُ الْعَزِيزِ الآنَ حَصْحَصَ الْحَقّ أَنَاْ رَاوَدتّهُ عَن نّفْسِهِ وَإِنّهُ لَمِنَ الصّادِقِينَ. ذَلِكَ لِيَعْلَمَ أَنّي لَمْ أَخُنْهُ بِالْغَيْبِ وَأَنّ اللّهَ لاَ يَهْدِي كَيْدَ الْخَائِنِينَ. وَمَآ أُبَرّىءُ نَفْسِيَ إِنّ النّفْسَ لأمّارَةٌ بِالسّوَءِ إِلاّ مَا رَحِمَ رَبّيَ إِنّ رَبّي غَفُورٌ رّحِيمٌ. وَقَالَ الْمَلِكُ ائْتُونِي بِهِ أَسْتَخْلِصْهُ لِنَفْسِي فَلَمّا كَلّمَهُ قَالَ إِنّكَ الْيَوْمَ لَدَيْنَا مِكِينٌ أَمِينٌ﴾([1]).

فالمستفاد من هذه النصوص من الوجهة العلمية/ التاريخية/ القانونية، هو أن حق الدعوي يختلف عن حق التقاضي الذي يتسع مضمونه لأكثر من دعوي واحدة، لكنه لا يتسع لأكثر من دعويين متعاقبتين زمانياً، وبالتالي فالأصل أن التقاضي علي مرحلتين بالأقل وبالأكثر.

وأيضاً المستفاد، هو أن حق الطعن الجنائي أسبق في الوجود تاريخياً من حق الطعن غير الجنائي، الذي ينبغي أن يؤرخ علمياً له

([1]) الآيات من ٥٠ إلى ٥٤ من سورة يوسف.

بعد يوسف عليه السلام بأكثر من ألفي سنة تقريباً، أي منذ عصر خاتم الرسل (٦١٠- ٦٣٢ م) في مطلع القرن السابع الميلادي، وذلك سواء بالنسبة لحق الطعن في دعاوي الأسرة، أو بالنسبة لحق الطعن في غيرها من الدعاوي غير الجنائية:

[١] فثابت في الدستور الآلهي المعاصر (القرآن)، أن أول من استخدمت حق الطعن في دعاوي الأسرة، هي «المجادلة» التي استأهلت بهذا أن تكون عنواناً لسورة كاملة من سور القرآن الكريم، هي سورة المجادلة.

فهي قد أتت إلي خاتم الرسل (صلي الله عليه وسلم) في حضور عائشة رضي الله عنها([١])، التي روت أن المجادلة عرضت قضيتها علي الرسول مرة تلو مرة تلو مرة- في نفس الوقت- بشأن زوجها الذي ظاهرها([٢]). وفي كل مرة كان الرسول (صلي الله عليه وسلم) يقضي في هذه القضية بقوله (ما أعلمك إلا قد حرمت عليه)([٣]). فقالت المجادلة: أشكو إلي الله وما نزل بي وأبا صبيتي([٤])، فنزلت في حينه الآيات، بدءاً من قوله تعالي: ﴿ **قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِيَ إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُماَ...**﴾([٥]).

فالمستفاد من ذلك من الوجهة العلمية/ التاريخية/ القانونية هو أن المجادلة قد صدر في حقها وزوجها حكماً قضائياً من خاتم الرسل

([١-٤]) انظر بالتفصيل: ابن كثير: تفسير القرآن العظيم- ج٤- ص٣٢٠.

([٥]) الآيه ١ من سورة المجادلة.

بصفته قاضياً في دعوي أسرية، فاستأنفت (إشتكت) هذه الدعوى إلي الله تعالي، الذي قبل استئنافها، وألغي الحكم موضوعاً، وأنزل أحكام الظهار الموضوعية التي تتدارسها المؤلفات الشرعية جيلاً بعـــد جيل.

[٢] وثابت في اللائحة التنفيذية (السنة المحمدية) للدستور الآلهي المعاصر (القرآن)، أن أول استئناف رفع إلي خاتم الرسل (صلي الله عليه وسلم) الذي قضي بقبوله شكلاً ورفضه موضوعاً، وتأييد الحكم المطعون فيه، كان بمناسبة حكم أصدره قاضي اليمن- آنذاك- علي رضي الله عنه في قضية (زبية الأسد).

ويرويها القاضي بنفسه، فيقول «بعثني رسول الله (صلي الله عليه وسلم) إلي اليمن. فانتهينا إلي قوم قد بنوا زبيه للأسد. فبينما هم كذلك يتدافقون، إذ سقط رجل فتعلق بآخر، ثم تعلق الرجل بآخر، حتي صاروا أربعة. فجرحهم الأسد. فانتدب له رجل بحربة فقتله. وماتوا من جراحهم كلهم. فقام أولياء الأول إلي أولياء الأخر فأخرجوا السلاح ليقتتلوا. فأتاهم علي رضي الله عنه على تفقه كذلك. فقال: تريدون أن تقتتلوا ورسول الله (صلي الله عليه وسلم) حي. إني أقضي بينكم قضاء، إن رضيتم به فهو القضاء. وإلا حجز بعضكم على بعض حتي تأتوا النبي (صلي الله عليه وسلم)، فيكون هو الذي يقضي بينكم. فمن عدا ذلك فلا حق له. إجمعوا من قبائل الذين حفروا البئر: ربـــع الدية، وثلث الدية، ونصف الدية، والدية كاملة.

فللأول ربع الدية لأنه هلك من فوقه ثلاثة. **وللثاني** ثلث الدية، **وللثالث** نصف الدية، **وللرابع** الدية كاملة»([1]).

ويقول علي رضي الله عنه بشأن استئنافهم وقضاء الرسول فيه «... فأبوا إلا أن يمضوا وأتوا النبي (صلي الله عليه وسلم) وهو عند مقام ابراهيم فقصوا عليه القصة فأجازه رسول الله صلي الله عليه وسلم»([2]).

وحاصل ما تقدم، أن نطاق حق التقاضي لا يقتصر علي حق الدعوي المبتدأة وحده، إنما يشمل حق الدعوي المبتدأة وحق الطعن معاً، وليس أكثر من ذلك، ولا- حتي- أقل، وذلك بصرف النظر- حتي- عن تسمية «حق الطعن» في الأدبيات الغربية بعد ذلك بـــ «حق الاستئناف». فكل ما هناك أن حق الطعن هو حق الطعن في «الحكم» الصادر في الدعوي المبتدأة، بينما حق الاستئناف هو حق استئناف الدعوي المبتدأة ذاتها ونقلها- بالتالي- إلي المرحلة الثانية للتقاضي.

وأيضاً حاصل ما تقدم من الوجهة التاريخية البحتة، هو أن حق الطعن لم ينشأ نشأته الأولي في «الغرب» أصلاً، لا في روما في

([1-2]) انظر الرواية معروضة في: السيد سابق: فقه السنة- ج٢- دار التراث- ص٢٥٦.

العصر الإمبراطوري([1]) ، ولا- حتي- في فرنسا مع بداية القرن الثالث عشر الميلادي([2]) أو مع صدور الأمر الملكي سنة ١٥٤١([3]). بل كانت نشأته الأولي (في مصر) ونشأته الثانية (في المدينة)، في الشرق العربي.

فنشأة حق الطعن قد خضعت للمبدأ المقرر في الدستور الآلهي المعاصر (القرآن) بشأن أي نشأة وكل نشأة، أي مبدأ: النشأة الأولي والنشأة الآخرة، مصداقاً لقوله تعالي: **﴿قُلْ سِيرُواْ فِي الأَرْضِ فَانظُرُواْ كَيْفَ بَدَأَ الْخَلْقَ ثُمّ اللّهُ يُنشِىءُ النّشْأَةَ الاَخِرَةَ إِنّ اللّهَ عَلَىَ كُلّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾**([4]). فجغرافياً كانت نشأة هذا الحق في الشرق العربي، ولو أن نشأته الأولي كانت في مصر علي يد يوسف عليه السلام، وكانت نشأته الآخرة في المدينة علي يد خاتم الرسل.

المبحث الأول

اختزال

حق التقاضى

٧٥- ماهيته:

المقصود بالاختزال الذى يعد انتهاكاً لمبدأ: حق التقاضى، هو الاختزال «التشريعى» الذى يُقصر نطاق حق التقاضى على الدعوى المبتدأة وحدها، ويصادر منه بالتالى حق الطعن.

([1]-[3]) قارن: أحمد هندي: مبدأ التقاضي علي درجتين- دراسة مقارنة- دار الجامعة بسوتير- ٢٠٠٩- ص ٩- ١٤.

([4]) الآية ٢٠ من سورة العنكبوت.

أما الاختزال «الاتفاقى» الذى يقوم به الخصوم، فإنه لا يعد انتهاكاً لمبدأ حق التقاضى، ولو كان يترتب على هذا الاختزال قصر نطاق حق التقاضى على الدعوى المبتدأة وحدها.

لذا، فالقاعدة: أن هذا الاتفاق هو اتفاق إجرائى وجائز فى إطار الدعاوى غير الجنائية، وبالتالى نصت المادة ٢/٢١٩ مرافعات على أنه: «يجوز الاتفاق ولو قبل رفع الدعوى على أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى انتهائياً».

وهذا الاتفاق الإجرائى جائز، سواء تم قبل رفع الدعوى المبتدأة أو بعد رفعها، أو – حتى – بعد رفع الدعوى المستأنفة، ولو أنه فى الحالة الأخيرة يعد اتفاقاً على ترك الدعوى المستأنفة وتسرى عليه – إذن – قواعد ترك الخصومة الاستئنافية.

٧٦– طبيعته القانونية:

اختزال حق التقاضى من جانب المشرع الوضعى، هو بطبعه انتهاك لمبدأ: وجوب صون حق التقاضى، أى وجوب صون نطاقه تشريعياً. وهذا المبدأ مقنن – حتى – فى الدستور الوضعى فى مصر، وذلك فى المادة ٦٨ منه، وتقضى بأن: «التقاضى حق مصون....للناس كافة ولكل شخص.....».

وقد رأينا أن مبدأ: وجوب صون نطاق حق التقاضى، هو مبدأ قديم وراسخ فى القانون الإلهى منذ عصر يوسف عليه السلام فى مصر فى زمن الهكسوس. كما هو مبدأ مقرر – حتى – فى الثلث الأول من القرن السابع الميلادى، فى القانون الإلهى المعاصر

(القرآن والسنة)، ولو لمْ يعرفه الفقهاء العرب جيلاً بعد جيل بعد عصر الخليفة الثانى عمر رضى الله عنه ([1]).

٧٧- تنامى ظاهرته:

إذن الأصل أن الاختزال التشريعى لحق التقاضى هو خطأ فى تأويل مبدأ: حق التقاضى، لما يترتب عليه من تقزيم نطاق هذا الحق وذلك بمصادرة حق الطعن تشريعياً وبالتالى حرمان المتقاضى من حق الطعن.

وهذا الخطأ فى التأويل، لم يعدم من يفلسفه فقهياً، ولو بمقوله أن هذا الاختزال التشريعى لحق التقاضى بمثابة استثناء على مبدأ التقاضى على درجتين.

لكن – حتى – هذه الفلسفة الفقهية مردود عليها، بأن هذا الاستثناء يتنامى فى الزمان، حتى أصبح مخالفاً للقاعدة العامة بشأن أى استثناء وكل استثناء، أى قاعدة: عدم جواز التوسع فى الاستثناء ووجوب التضييق من نطاقه، وذلك بمراعاة أن نطاق فكرة مصادرة حق الطعن قد تنامت بمرور الزمان منذ القانون المختلط فى مصر حتى الآن.

ففى كنف هذا القانون المختلط الذى استوردته مصر عام ١٨٧٣، استوردت مصر فكرة مصادرة حق الطعن بالنسبة لبعض المنازعات المدنية والتجارية وذلك من خلال فكرة النصاب القيمى

([1]) أحمد هندى: السابق – ص١٣ فى الحاشية رقم ٣.

الانتهائى، أو بالنسبة لبعض المنازعات الجنائية، أى دعاوى الجنايات، وبالتالى لم يعد - حتى - مقبولاً من أحد أن يفلسف فكرة تلك المصادرة جزئياً أو كلياً، بمقولة أنها مصادرة بالنسبة لدعاوى قضائية قليلة القيمة أو قليلة الأهمية.

وما زال وضع هذه المصادرة الفرنسية الأصل، على ما هو عليه فى مصر حتى الآن، بل - حتى - تنامى تباعاً نطاقها، فامتد مؤخراً إلى مجالين بصفة خاصة، هما:

أ - حق التقاضى فى المنازعات الدستورية، الذى مازال يقتصر على الدعوى المبتدأة وحدها، ويُحرم المتقاضى بشأنها من حق الطعن، وبالتالى نصت المادة ٤٨ من قانون المحكمة الدستورية العليا (١٩٩/٤٨) على أن: «أحكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة للطعن».

ب- حق التقاضى فى منازعات الخلع. وهو يقتصر على الدعوى المبتدأة وحدها، ويُحرم المتقاضى بشأنها من حق الطعن، وبالتالى نصت المادة ٢٠ من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية (٢٠٠٠/١) على أنه: «.....ويقع بالخلع فى جميع الأحوال طلاق بائن، ويكون الحكم فى جميع الأحوال، غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طرق الطعن».

وفى ظل تنامى صور هذا الخطأ فى تأويل حق التقاضى، فلا يجب أن نندهش - بعد ذلك - إذا وجدنا المحكمة الدستورية العليا

تُفلسف مصادرة حق الطعن فى أحكام الخلع، بمقولة: «..... يكــون أمراً منطقياً أن ينص المشرع على أن الحكم الصادر بالخلع – فــى جميع الأحوال – يكون غير قابل للطعن عليه بأى طريق من طــرق الطعن، تقديراً بأن الحكم يُبنى هنا على حالة نفسية وجدانية تقررهــا الزوجة وحدها....ومن ثــم تنتفــى كليــة علــة التقاضــى علــى درجتين»(١).

وواضح بجلاء أن تلك المحكمة قد أقامت رأيها على مجرد «المنطق» دون القانون (الدستور) الذى ينص على أن التقاضى حق مصون للناس كافة ولكل شخص، بل – حتى – أقامت رأيها على منطق أن الأحكام القضائية يمكن أن تبنى على مجرد الحالة النفسية والوجدانية للخصوم، وكأن الدستور المصرى – مثلاً – بلا منطق «قانونى» بشأن حق التقاضى وحق الطعن. كما أقامت رأيها على منطق إمكانية بناء الأحكام القضائية على مجرد الحالة النفسية والوجدانية للخصوم، ولو لم يُعرضوا على الطب النفسى أو الوجدانى بحسب الأحوال.

٧٨- أنواع الاختزال التشريعى:

على أن فكرة المصادرة التشريعية لحق الطعن فى مصر، لم تكن تتنامى كمياً فحسب أى من حيث نطاقها، إنما أيضاً كانت تتنامى نوعياً أى من حيث نسبية أو إطلاق المصادرة.

---

(١) الجريدة الرسمية – عدد ٥٢ تابع – ٢٠٠٢/١٢/٢٦ – دعوى ٢٠١ لسنة ٢٣ ق. دستورية – جلسة ٢٠٠٢/١٢/١٥.

فالمصادرة «النسبية» لحق الطعن أسبق فى الوجود تاريخياً فى مصر من فكرة المصادرة المطلقة. وفى المصادرة النسبية، فإن المشرع الوضعى يصادر بيمينه حق الطعن ولو استثناء كما يقال، لكن ما يلبث أن يعطى بشماله حق الطعن استثناء على تلك المصادرة، وذلك كالتالى على سبيل المثال:

فهو يصادر حق الطعن العادى فى الأحكام الصادرة بصفة انتهائية من محاكم أول درجة المدنية والتجارية، وما يلبث أن يجيز – على سبيل الاستثناء من تلك المصادرة – الطعن فى هذه الأحكام بطريق الاستئناف الاستثنائى (م٢٢١ و م٢٢٢ مرافعات).

وهو يصادر حق الطعن العادى فى الأحكام الصادرة فى الجنايات، وما يلبث أن يجيز – على سبيل الاستثناء من تلك المصادرة – الطعن فى تلك الأحكام بـــ «المعارضة» الاستثنائية التى اشتهرت تسميتها اصطلاحاً بـــ «إعادة الإجراءات» فى بعض الحالات.

أما المصادرة «المطلقة» لحق الطعن، فهى أحدث فى الوجود تاريخياً فى مصر من فكرة المصادرة النسبية. ومن قبيل المصادرة المطلقة حالياً، مصادرة حق الطعن فى الأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية، وكذا الأحكام الصادرة فى دعاوى الخلع، وكأن تلك الأحكام فى الحالتين ليست مجرد أحكام قضائية بالمعنى القانونى.

ولا ريب أن مصادرة حق الطعن بنوعيها هى خطأ جسيم فى تأويل مبدأ: حق التقاضى، ولو أن المصادرة المطلقة أكثر جسامة من المصادرة النسبية، التى عهدناها منذ القانون المختلط حتى الآن.

٧٩- اتجاه تشريعى حديث:

مصادرة حق الطعن تعد بدعة فرنسية الأصل، استوردتها مصر من خلال القوانين المختلطة في بداية الربع الأخير من القرن التاسع عشر، وتوارثتها- بعد ذلك- قوانين المرافعات المدنية والتجارية والإجراءات الجنائية المتعاقبة، ثم تنامت في مصر منذ سبعينيات القرن الماضي.

لكن منذ عام ٢٠٠٨ وبمناسبة قانون المحاكم الاقتصادية (٢٠٠٨/١٢٠)، اتجه المشرع المصري إلي العدول عن تلك البدعة الفرنسية، وبالتالي لم يأخذ المشرع بها بشأن أحكام المحاكم الاقتصادية، سواء الأحكام الجنائية، أو الأحكام غير الجنائية، وسواء الأحكام الجنائية في مواد الجنح أو في مواد الجنايات، وسواء الأحكام غير الجنائية في الدعاوي الأقل أو الأكثر من خمسة ملايين جنيه.

ولذا، فإن كل أحكام المحاكم الاقتصادية قابلة للطعن، وبالتالي لم يعد يثار- بشأنها- مسألة: مدي قابلية الحكم للطعن فيه، وذلك حتي بالنسبة للأحكام الصادرة ابتداء من الدوائر الاقتصادية الاستئنافية، ولو أن استئنافها يكون أمام محكمة النقض، وبالتالي نصت المادة ١٢ من قانون تلك المحاكم علي أنه «.... إذا قضت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون فيه حكمت في موضوع الدعوي ولو كان الطعن لأول مرة».

وهذا الاتجاه محمود للغاية، ولو أن المشرع لم يأخذ بعد به إلا في التقاضي أمام المحاكم الاقتصادية باعتبارها جهة قضاء فرعية

ثالثة مستحدثة داخل جهة المحاكم، إنما ينبغي تعميمه بالنسبة للتقاضي أمام المحاكم المدنية والتجارية وكذا أمام المحاكم الجنائية- حتي- فيما يتعلق بدعاوي الجنايات.

كما ينبغي تعميمه- حتي- بالنسبة للأحكام والقرارات الصادرة في الدعاوي الدستورية. فالمحكمة الدستورية العليا، وإن كانت جهة قضائية قائمة بذاتها، لكنها محكمة قضائية علي أي الأحوال، وبالتالي فإن التقاضي أمامها محكوم بأصول حق التقاضي. فلا يجب أن يقتصر هذا التقاضي علي الدعوي الدستورية المبتدأة وحدها، إنما يجب وجود دوائر استئنافية داخل المحكمة الدستورية العليا.

فموضوع التقاضي أمام هذه المحكمة، لا هو أقل كمياً من غيره من الموضوعات القضائية بحيث يكفي التقاضي بشأنه أمام دوائر ابتدائية فحسب، حتي لو كانت مشكلة من سبعة أعضاء. ولا هو أدني نوعياً من غيره من الموضوعات القضائية بحيث لا يلزم التقاضي بشأنه أمام دوائر استئنافية يُطعن لديها في أحكام الدوائر الابتدائية.

ولا – حتي – هذا الموضوع يطابق كمياً أو نوعياً غيره من الموضوعات القضائية، بحيث تُستأمن عليه مجرد دوائر ابتدائية فحسب ولو كانت مكونة من سبعة أعضاء، خاصة بعد أن قال «الدكتور عوض المر رئيس المحكمة الدستورية العليا الأسبق في مصر ... في الكويت في زيارته للمحكمة الدستورية بدعوة منها: أنه اطلع علي أحكام صادرة من المحكمة العليا الألمانية، قضت بعدم

دستورية بعض مواد الدستور الألماني لمخالفتها للمبادئ الدستورية العامة ... (و) أنه لو اطلع علي هذه الأحكام قبل ذلك لقضي بعدم دستورية بعض مواد الدستور (المصرى) التي بنيت عليها القوانين، التي رفض الطعون بعدم دستوريتها، ولقبل هذه الطعون ...»([١]).

فإذا كان مؤدي كلامه أن كثير من الطعون بعدم الدستورية، قد رفضت خطأ، فإنه لا سبيل لتدارك مثل هذا الخطأ مستقبلاً سوي وجود دوائر استئنافية داخل المحكمة الدستورية العليا، حتي لو لم توجد دوائر استئنافية في نظائرها من المحاكم العليا، وذلك لأن أصول «تنظيم» حق التقاضي تستوجب وجود هذه الدوائر الاستئنافية.

ولا يجب أن يُلهينا أي مديح فيما حققته هذه المحكمة من انجاز حتي الآن([٢])، عن النظر فيما لم تستطع بعد تحقيقه، لأنها تفتقر إلي دوائر استئنافية حتي الآن.

وأيضاً، يجب تعميم هذا الاتجاه- حتي- بالنسبة للأحكام الصادرة في دعاوي الخلع، خاصة أن دور محاكم الأسرة في هذا الشأن ليس مجرد دور توثيقي بحيث يقتصر علي توثيق حالات نفسية أو وجدانية للنساء، وبالتالي فإن ما يصدر في تلك الدعاوي هي

([١]) شفيق إمام: الإشارة السابقة.

([٢]) انظر مثلاً: الدستورية- مجلة فصلية تصدرها المحكمة الدستورية- ع١٥- س ٧- ٢٠٠٩- ص ٣-١٠.

أحكام بالمعني الدقيق، وأحكام تصدر في دعاوي مبتدأة، وهي بهذا أحكام ابتدائية، ولا تستعصي علي الطعن بالاستئناف، وذلك بصرف النظر عن تفلسف المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن، تفلسفاً يندرج وأمثاله- في نظر البعض- تحت ظاهرة «تسييس» هذه المحكمة(١)، لدرجة أن هذه المحكمة تمالئ المشرع في أيديولوجيته وميله لمناصرة النساء علي الرجال، وبالتالي فإن هذه المحكمة لم تبين في حكمها: هل كان المشرع في حاجة إلي النص علي عدم قابلية الحكم للطعن، لو لم يكن هذا الحكم قابلاً بطبعه للطعن؟

المبحث الثانى

ظاهرة

اختلال حق التقاضى

٨٠- عرض وتقسيم:

فى إطار المبحث الراهن، نحن إزاء صورة أخرى قائمة بذاتها من صور الخلل التشريعى الموجود فى نظام التقاضى المصرى. ويصدق تسميتها بظاهرة «زوائد الاستئناف»، وبصرف النظر عما تستتر خلفه من تسميات تشريعية وفقهية، أى «المعارضة» و«المعارضة الاستئنافية» و «الطعن الفورى المباشر».

وربما كان التماس إعادة النظر جنائياً أو غير جنائى، هو وحده النظام الجدير بإعادة النظر فيه فى ضوء أسبابه الهجينية.

---

(١) انظر Tamir Moustafa: الإشارة السابقة.

المطلب الأول

ظاهرة زوائد الاستئناف

٨١- صورة مختلفة للخلل التشريعى:

الخلل التشريعى الموجود فى نظام التقاضى المصرى، والذى يعد خطأ فى تأويل مبدأ: حق التقاضى، لا يقتصر على صورته السالف بيانها، أى مجرد اختزال هذا الحق تشريعياً، وتقزيم نطاقه، سواء بالمصادرة النسبية أو المصادرة المطلقة لحق الطعن.

إنما هذا الخلل التشريعى يشمل أيضاً صورة أخرى قائمة بذاتها، أى مستقلة، وتتمثل فى «تضخيم» حق التقاضى تشريعياً، أى تكبير نطاقه، وذلك بإنشاء «زوائد» لحق الطعن، بحيث لم يعد حق الطعن واحداً وموحداً، بل أصبح للمتقاضى أكثر من حق طعن واحد.

وهذه الكثرة فى حقوق الطعن، قد اشتهرت تسميتها تقليدياً بـ «طرق الطعن»، وذلك سواء فى التشريعات الوضعية أو فى المؤلفات الإجرائية العامة والخاصة، أى مؤلفات المرافعات المدنية والتجارية ومؤلفات الإجراءات الجنائية.

بينما كان الواجب منذ زمن طويل أن يتوقف الفقه المقارن، إزاء تلك الكثرة فى حقوق الطعن، وأن يتساءل بجدية: عما إذا كان حق الطعن واحداً بطبعه، أم أن للمتقاضى أكثر من حق طعن واحد وبالتالى تكون له «حقوق» طعن متعددة ومتباينة ومتعاقبة، ويقابلها إذن «طرق» طعن متعددة ومتباينة – حتى – فى تسمياتها؟

٨٢- فكرة زوائد الاستئناف :

لاريب أن التساؤل السالف ليس له سوى إجابة واحدة، وهى أن حق الطعن واحد بطبعه، وموحد وبالتالى لا يقبل الانقسام أو التبعيض أو التجزئة.

فوفقاً للثابت فى القانون الآلهي منذ عصر يوسف عليه السلام في مصر في زمن الهكسوس، وبالتالي في القانون الآلهي المعاصر سواء في الدستور الآلهي المعاصر (القرآن) أو في لائحته التنفيذية (السنة)، وعلي نحو ما تقدم بيانه تفصيلاً، فالأصل أن حق الطعن واحد لا أكثر.

وهذا الحق الواحد هو ما يشار إليه- إذن- في الأدبيات التشريعية الفقهية المعاصرة بــ «حق الاستئناف»، خاصة أن هذه الأدبيات حريصة علي تأكيد أن هذا الحق الأخير هو حق الطعن الأصلي والعادي، وتأكيد أن هذا الحق واحد لا أكثر، وبالتالي فإن الاستئناف جائز مرة واحدة، ولا يجوز أكثر من مرة واحدة، فلا يجوز الاستئناف بعد الاستئناف، ولا يجوز الطعن بالاستئناف في الحكم الاستئنافي ...... وهكذا.

وإذا كان ذلك كذلك، فماذا عساه يكون- إذن- «مركز» باقي طرق الطعن- وبالتالي حقوق الطعن- بالنسبة لحق الاستئناف، ما لم تكن تلك الطرق والحقوق مجرد «زوائد» مصطنعة لحقّ الطَّعن الأصلي والعادي، وبالتالي تكون بطبعها زوائد «غير عادية»

و«استثنائية» في نفس الوقت، ولو كان لها- في نفس الوقت- طبيعة الاستئناف باعتبارها زوائد له؟

٨٣- المعارضة من زوائد الاستئناف:

دعنا من اختلاف المعارضة عن الاستئناف من حيث ميعادها أو من حيث رفعها إلي نفس المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي، لأن تركيزنا منصب علي «مركز» المعارضة بالنسبة للاستئناف.

فلو لم تكن المعارضة استئنافاً، فهل كانت أدبياتنا تجري تقليدياً علي أن المعارضة- شأنها شأن الاستئناف- طريق طعن عادي. كل ما هناك أن المعارضة استئناف سابق زمانياً علي الاستئناف الأصلي والعادي، وبالتالي فالمعارضة ليست استئنافاً أصلياً وعادياً، إنما هي استئناف ثانوي واستثنائي، ولو أنها استئناف علي أي الأحوال.

ولو لم تكن المعارضة جزءاً من الاستئناف الأصلي والعادي باعتباره بمثابة الكل، فهل كانت أدبياتنا تجري تقليدياً علي مقولة أن المعارضة لا تغني عن الاستئناف، إنما العكس هو الصحيح، أي أن الاستئناف يغني عن المعارضة، وبالتالي فمن كانت له المعارضة والاستئناف والتجأ إلي الاستئناف مباشرة فلا معارضة له بعد ذلك، إنما العكس صحيح، وبالتالي فإن لجأ هذا المتقاضي إلي المعارضة مباشرة يظل له حق الاستئناف.

ربما لا نستطيع أن نؤسس هذه المقولة، إلا علي قاعدة: أن الجزء لا يتضمن الكل([1]) totum non est in parte، إنما العكس هو الصحيح، أي أن الكل يتضمن الجزء([2]) parte est in toto.

إذن، لا يجب أن تلهينا تسمية هذا الطريق من طرق الطعن بـــ «المعارضة»، عن طبيعتها، ولا عن «مركز» هذه المعارضة باعتبارها مجرد واحدة من زوائد الاستئناف، الذي امتدت زوائده- حتي- إلي المرحلة الأولي للتقاضي، وبالتالي امتد خفية، بل- حتي- بناء علي سبب واه للغاية هو «تخلف» المحكوم عليه عن الحضور.

وإذا كان قانون المحاكم المدنية والتجارية والأسرية وكذا قانون مجلس الدولة، لم يأخذا بفكرة المعارضة، وبالتالي تخليا عنها، فإنهما بهذا لم ينتقصا شيئاً من حق الطعن، ولو أنهما بهذا قد أكدا أن وجود المعارضة وعدم وجودها سواء من الوجهة القانونية، أي أنها كانت واحدة من الزوائد التي يسهل الاستغناء عنها، ويلزم الاستغناء عنها، وهو الأمر الذي يدعو إلي التساؤل: متي يستغني عنها قانون المحاكم الجنائية؟

ولا يجب أن نفلسف فكرة المعارضة، ولو بمقولة أن من الضروري مراعاة «ظروف» المتقاضي الذي تخلف عن الحضور، ولو لم تكن هذه الظروف موجودة حقيقة. فيكفي أن هذا المتقاضي قد «تخلف» عن الحضور، حتي لو كان قد تعمد التخلف عن الحضور،

([1-2]) عبد العزيز فهمي: قواعد و آثار فقهية رومانيـــة- ١٩٤٧- القـــاهرة - ص ١٥ رقم ٨٧ و ص ٢١ رقم ١٢٢.

بل- حتي- لو لم يكن قد تخلف تخلفاً مطلقاً عن الحضور بحيث يكون الحكم غيابياً، إنما كان تخلفه نسبياً بحيث يكون الحكم «معتبراً غيابياً» و «معتبراً حضورياً» في نفس الوقت ولو اشتهرت تسميته الأخيرة. بل يكفي أن تكون ظروفه مجرد تمارض، ما دامت تسنده شهادة طبية صورية مما تباع عادة في الحوانيت أمام المحاكم مباشرة.

فهذه الفلسفة تقوم علي استهزاء صارخ بالعقول، وبأصول حق الطعن وبالتالي بأصول حق التقاضي، الذي لم يُعط للناس كافة بحسب ظروفهم الشخصية، ولا بحسب ظروفهم العرضية، ولا بحسب ميولهم للحضور أو عدم الحضور للقضاء.

٨٤- زوائد استثنائية أخري للاستئناف:

لا يجب أن نفلسف المعارضة من منظور الدعوي المبتدأة، لكيلا نساير- بعد ذلك- مقولة أنهما (المعارضة والدعوي المبتدأة) بمثابة شئ واحد، أو مقولة أنهما خصومتان متعاقبتان في المرحلة الأولي للتقاضي. لأن المعارضة طريق «طعن» في حكم صادر في الدعوي المبتدأة، وبالتالي فلا هما (المعارضة والدعوي المبتدأة) شئ واحد، ولا هما مجرد خصومتان متعاقبتان في المرحلة الأولي للتقاضي، إنما المعارضة بمثابة واحدة من زوائد الاستئناف، ولو كانت سابقة عليه زمانياً، وكانت- حتي- في المرحلة الأولي للتقاضي، وأمام نفس المحكمة التى أصدرت الحكم.

وربما كان مركز المعارضة بالنسبة للاستئناف، أقل وضوحاً من مركز المعارضة الاستئنافية ومركز الطعن الفوري المباشر في بعض الأحكام غير المنهية للخصومة، لأن هذه المعارضة أو ذاك الطعن يتم في المرحلة الثانية للتقاضي أي أنه في مرحلة الاستئناف، وبالتالي فهما أكثر وضوحاً من حيث مخالفتهما لقاعدة: لا يجوز الاستئناف إلا مرة واحدة، أي هما بمثابة تكرار غير جائز للاستئناف، إنما هو تكرار للاستئناف علي أي الأحوال، وبالتالي فهما زوائد له.

ولا يجب أن نفلسف هذا المركز أو ذاك، ولو بمقولة أنه يتعلق باستثناء لأن كل زوائد الاستئناف لها طبيعة الاستثناء، علي مبدأ: التقاضي علي مرحلتين بالأكثر وبالأقل، ذلك المبدأ الذي يتعلق بالنظام العام(١) لحق التقاضي وبالتالي لحق الطعن، سواء حق التقاضي وحق الطعن أمام المحاكم المدنية والتجارية أو أمام المحاكم الجنائية أو أمام غيرهم من المحاكم.

لذا، فإن نظام المعارضة الاستئنافية هو نظام غير مشروع ولو كان مجرد نظام إجرائي جنائي فحسب. كما أن نظام الطعن الفوري هو نظام غير مشروع، ولو كان نطاقه في المجال الجنائي أقل منه في المجال المدني والتجاري، الذى يشمل في الحالة الأخيرة «الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوي والأحكام القابلة للتنفيذ

---

(١) أحمد هندي: السابق– ص ٢٩ و ما بعدها.

الجبري والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة ..» (مادة ٢١٢ مرافعات).

إذ يجب أن يُنظر إلي زوائد الاستئناف (المعارضة والمعارضة الاستئنافية والطعن الفوري) من منظور بطء التقاضي وإطالة أمده وتأخر مجئ العدالة وازدحام المحاكم بالقضايا، أي ننظر إلي المعارضة الجنائية والمعارضة الاستئنافية الجنائية- مثلاً- من زاوية قاعدة: الجنائي يوقف المدني حتي يفصل نهائياً في الدعوي الجنائية.

وننظر أيضاً إلي الطعن الفوري في الحكم بعدم الاختصاص والإحالة، من منظور ما يترتب عليه، حيث «في الحالة الأخيرة يجب علي المحكمة المحالة إليها الدعوي أن توقفها حتي يفصل في الطعن (مادة ٢١٢ مرافعات). وبطريق القياس، فإن نفس الأثر يترتب علي الطعن في الحكم الصادر في «جدية» الدفع بعدم الدستورية، باعتبار أن هذا الحكم من الأحكام الوقتية الصادرة أثناء الخصومة وغير المنهية لها.

فالحكم الأخير هو- بطبعه- حكم وقتي، سواء كان صادراً برفض الدفع، أو كان صادراً بإجابته، وذلك لما نصت عليه- حتي- المادة ٢٩/ب من قانون المحكمة الدستورية العليا، بقولها: «إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوي أمام إحدى المحاكم ... بعدم دستورية نص ... ورأت المحكمة ... أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوي وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوي بذلك أمام المحكمة الدستورية ...".

بهذا يمتد نطاق الطعن الفورى – حتى – إلى حكم المحكمة من تلقاء نفسها بوقف الدعوى بسبب عدم الدستورية، وفق ما نصت عليه المادة ٢٩/أ من قانون المحكمة الدستورية العليا، ويقضى بأنه: «إذا تراءى لإحدى المحاكم...أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص....لازم للفصل فى النزاع أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة».

ففى هذه الصور الثلاث الأخيرة نحن إزاء حكم بوقف الدعوى، ويقبل الطعن الفورى، بما يترتب عليه من بطء التقاضى وزيادة أمده، وذلك لا شئ إلا لأن المشرع المصرى يهوى فكرة زوائد الاستئناف، التى استوردها من النظام الفرنسى.

المطلب الثانى

مشكلة

نظام التماس إعادة النظر

٨٥- وضع المشكلة:

نظام التماس إعادة النظر هو نظام هجينى واستثنائى وثانوى، وبالتالى لم يعد يكفى وصفه تقليدياً بأنه مجرد طريق طعن غير عادى، فأصبح يشار فقهياً إلى «الطبيعة الخاصة بهذا الطريق من طرق الطعن» ([1])، وتلك الأمور لا تتم فحسب عن خصوصية هذا

([1]) مأمون سلامة: قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض – ط٢ – طبعة نادى القضاة – ٢٠٠٥ – جـ٢ – ص١٣٦٣.

النظام، إنما تنم أيضاً عن غرابته فى إطار أنظمة طرق الطعن بمعناها الدقيق.

بل هى تنم كذلك عن أن هذا النظام يُعد من أنظمة الرجوع إلى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم، دون أن يكون هذا النظام طريقاً للمعارضة أو طريقاً للمعارضة الاستئنافية، أو طريقاً من طرق الطعن بالمعنى الدقيق([1]).

ومن ثم كان الواجب منذ زمن طويل مواجهة نظام التماس إعادة النظر من منظور فكرة الرجوع إلى نفس المحكمة، لا من منظور فكرة الطعن بمعناها الدقيق، بل – حتى – مواجهة هذا النظام من منظور القواعد التالية بوجه خاص:

١- فلا كل رجوع إلى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم يعد طعناً بالمعنى الدقيق، حتى لو كان الرجوع إليها بسبب «خطأ» فى هذا الحكم، اللهم إلا المعارضة والمعارضة الاستئنافية، اللتان من زوائد الاستئناف وذلك على نحو ما تقدم بيانه، وينبغى

([1]) قارن: محمد عبد الخالق عمر: السابق – ص٥٠ – ٥١، حيث يقول: «التماس إعادة النظر قد يكون فى بعض الأحيان مرحلة ثالثة من مراحل التقاضى، وذلك فى الحالة التى يطعن فيها فى حكم المحكمة الاستئنافية بهذا الطريق....قلنا أن التماس إعادة النظر مرحلةً ثالثة من مراحل نظر القضية فى بعض الأحيان، ولم نقل أنه درجة ثالثة من درجات التقاضى، وذلك يرجع إلى أن التماس إعادة النظر يرفع إلى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم......».

بالتالى الاستغناء عنهما لما يترتب عليهما من بطء التقاضى بناء على أسباب واهية بطبعها.

٢- ولا حالات الرجوع إلى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم بسبب خطأ فيه، ودون أن يكون هذا الرجوع طعناً بالمعنى الدقيق، تقتصر على الحالتين التقليديتين وهما حالة الخطأ المادى فى الحكم وحالة الخطأ المعنوى المفضى إلى غموض منطوق الحكم، ولو كان المشرع المصرى قد نص على هاتين الحالتين تباعاً وذلك فى المادتين ١٩١ و ١٩٢ مرافعات:

- فقد نصت المادة ١٩١ مرافعات على أنه: «تتولى المحكمة تصحيح ما يقع فى حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مرافعة، ويجرى كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ويوقعه هو ورئيس الجلسة.

ويجوز الطعن فى القرار الصادر بالتصحيح إذا تجاوزت المحكمة فيه حقها المنصوص عليه فى الفقرة السابقة، وذلك بطرق الطعن الجائزة فى الحكم موضوع التصحيح. أما القرار الذى يصدر برفض التصحيح، فلا يجوز الطعن فيه على استقلال».

- ونصت المادة ١٩٢ مرافعات، على أنه: «يجوز للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة التى أصدرت الحكم تفسير ما وقع فى منطوقه من غموض أو إبهام. ويقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى. ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً من كل الوجوه

للحكم الذى يفسره، ويسرى عليه ما يسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية».

٣- وكل أسباب التماس إعادة النظر هى بطبعها أخطاء فى الحكم، إنما لا كلها أخطاء «مهنية» من جانب القاضى وتقتضى الرجوع عليه بدعوى المخاصمة، ولا كلها أخطاء فى الحكم تقتضى الرجوع إلى نفس المحكمة، إنما بعضها أخطاء مهنية دون بعضها الآخر، وبالتالى ينبغى تصنيف تلك الأسباب إلى نوعين وفقاً لهذا المعيار.

٨٦- الرجوع إلى نفس المحكمة:

بعض أسباب التماس إعادة النظر ليس خطأ القاضى مهنياً، إنما هو خطأ فى الحكم على أى الأحوال، بل أن هذا الخطأ لا يستوجب أكثر من الرجوع إلى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم، دون أن يكون هذا الرجوع معارضة أو معارضة استئنافية، أو – حتى – طعناً بالمعنى الدقيق.

فلئن كانت المعارضة أو المعارضة الاستئنافية مازالت حتى الآن، طريقاً للطعن أمام نفس المحكمة التى أصدرت الحكم، لكن ليس كل رجوع إلى نفس المحكمة بشأن خطأ ما فى الحكم يعد معارضة أو – حتى – طعناً بالمعنى الدقيق، كما هو الشأن فى الرجوع إلى نفس المحكمة لتصحيح الخطأ المادى الكتابى أو الحسابى، أو لفض الغموض أو الإبهام المعنوى الموجود فى منطوق حكمها.

وبصرف النظر عن اعتيادنا تقليدياً على هاتين الصورتين الأخيرتين، فهما لا تستنفدان وحدهما فكرة الرجوع إلى نفس المحكمة بشأن خطأ موجود فى حكمها، دون أن يعد هذا الرجوع معارضة أو معارضة استئنافية أو – حتى – طعناً بالمعنى الدقيق، بل هناك صورة ثالثة، ولو كان المشرع قد خصها تقليدياً بمسمى «التماس إعادة النظر».

وهذه الصورة الثالثة، هى حالة الرجوع إلى نفس المحكمة لتصحيح الخطأ فى «الأسباب الواقعية» للدعوى وبالتالى فى الحكم، وذلك فى ضوء ما استُجد من وقائع تقتضى هذا التصحيح «وذلك فى الأحوال الآتية»:

«١– إذا وقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير فى الحكم. ٢– إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التى بنى عليها أو قضى بتزويرها. ٣– إذا كان الحكم قد بنى على شهادة شاهد قضى بعد صدوره بأنها مزورة. ٤– إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعه فى الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها.................. ٨– لمن يعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات غش من كان يمثله أو تواطئه أو إهماله الجسيم» (م٢٤١ مرافعات).

وفى هذه الأحوال يجوز الرجوع إلى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم، ولو كان حكمها انتهائياً أو نهائياً، ودون أن يكون هذا الرجوع معارضة أو معارضة استئنافية أو – حتى – طعناً

بالمعنى الدقيق. ولا يجب أن يكون تقييد الرجوع إلى نفس المحكمة فى تلك الأحوال بميعاد معين (٤٠ يوماً) مثاراً للالتباس فى طبيعة هذا الرجوع، وذلك لأكثر من سبب:

١- فهذا الميعاد ليس ميعاداً لطعن بالمعنى الدقيق، وبالتالى فلا هو يبدأ من تاريخ صدور الحكم، ولا - حتى - من تاريخ إعلانه، بل إنه: «لا يبدأ فى الحالات....الأربع.....إلا من اليوم الذى ظهر فيه الغش أو الذى أقر فيه بالتزوير فاعله أو حكم بثبوته أو الذى حكم فيه على شاهد الزور أو اليوم الذى ظهرت فيه الورقة المحتجزة»، بينما «يبدأ الميعاد فى الحالة.....الثامنة من اليوم الذى ظهر فيه الغش أو التواطؤ أو الإهمال الجسيم» (م ٢٤٢/٣ و ١ مرافعات).

٢- وأن الرجوع الجنائى لذات الأسباب تقريباً (المادة ٤٤١/٥ و ٤ و ٣ إجراءات جنائية)، لا يتقيد بميعاد أصلاً، مما يعنى أن تقييد الرجوع إلى المحكمة المدنية والتجارية بميعاد محدد هو أمر لا ضرورة له أصلاً، أى هو مجرد تزيد من جانب المشرع، الذى لم يدرك بعد أن الالتماس فى هذه الأحوال ليس طعناً بالمعنى الدقيق، وليس أكثر من رجوع إلى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم.

٣- وأن تقييد الرجوع المدنى بميعاد فى هذه الصورة الثالثة وحدها، هو أمر لا يتفق مطلقاً مع عدم تقييد هذا الرجوع ذاته بميعاد

بالنسبة للصورتين التقليديتين، أى حالة الرجوع لتصحيح الخطأ المادى وحالة الرجوع لفض غموض وإبهام الحكم.

بل إن هذا التقييد بميعاد، هو أمر لا يتفق – حتى – مع فكرة أن الأحكام المبنية على غش أو غدر أو تدليس أو تزوير أو زور ليست أحكاماً بالمعنى الدقيق، ولا يجب بالتالى أن تتحصن ولو بمرور الزمان. ومن منظور هذه الفكرة الأخيرة، لا يجب إذن أن يتصور أحد أن الرجوع إلى نفس المحكمة بشأن مثل هذا الحكم، فيه أى مساس بفكرة استنفاد القاضى لولايته بمجرد صدور الحكم، وبالتالى لا يجوز له المساس بهذا الحكم.

فمبنى جواز الرجوع إلى نفس المحكمة بشأن أحوال تلك الصورة الثالثة (أحوال التماس إعادة النظر)، دون أن يكون هذا الرجوع طعناً أو معارضة، هو أنْ الخطأ فى واقعات الدعوى وبالتالى فى الحكم بناء على أفعال غير مشروعة من جانب الخصوم، إنما يعد أمراً وارداً – حتى – لو كان القاضى نبياً أو رسولاً.

وهذه الحقيقة الأخيرة مقننة منذ الثلث الأول من القرن السابع الميلادى، فى اللائحة التنفيذية (السنة) للدستور الإلهى المعاصر (القرآن)، مصداقاً لحديث خاتم الرسل:

«لما سمع خصومة بباب حجرته، فخرج إليهم، وقال: (إنما أنا بشر، وأنه يأتينى الخصم. فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض.

فأحسب أنه صدق. فأقضى له بذلك. من قضيت له بحق مسلم، فإنما هى قطعة من النار فليأخذها أو فليتركها)» ([1]).

لذا، فإن الخليفة الثانى عمر رضى الله عنه، يوجب – فى رسالته المشهورة حالياً برسالة القضاء – على قاضيه أبى موسى الأشعرى أن يقبل مثل هذا الرجوع إلى نفس المحكمة، وذلك بقوله: «لا يمنعك قضاء قضيته فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك، أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم، لا يبطله شئ» ([2]).

ولاريب أن الرجوع إلى نفس المحكمة فى الصور الثلاث السالف بيانها، إنما هو رجوع بسبب خطأ فى حكمها، لكن هذا الخطأ ليس نوعاً واحداً، بل هو على أنواع ثلاثة، متباينة ومتدرجة تبعاً لتباين وكثافة الخطأ. فأدناها درجة هو الخطأ المادى الكتابى أو الحسابى، وأوسطها درجة هو الخطأ المعنوى المفضى إلى غموض وإبهام فى المنطوق، وأعلاها درجة هو الخطأ فى الأسباب الواقعية للدعوى وبالتالى فى الحكم.

ومن الوجهة الاصطلاحية، ربما كان الرجوع إلى نفس المحكمة بسبب الخطأ المادى والخطأ المعنوى المفضى إلى الإبهام والغموض، هو الأولى باصطلاح «التماس إعادة النظر»، أى أولى بهذا الاصطلاح من الرجوع إلى نفس الحكمة بسبب الخطأ فى

([1]) صحيح البخارى ٢/٢٤٥٨.

([2]) الطرابلسى: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام – ط٢ – ١٩٧٣ – ص١٥.

الأسباب الواقعية للدعوى وبالتالى فى الحكم، ولو أن الرجوع إلى نفس المحكمة فى الصور الثلاث، لا هو معارضة، ولا هو معارضة استئنافية، ولا هو – حتى – طعن بالمعنى الدقيق للطعن.

وكل ما هناك، أن المشرع يجيز الرجوع إلى نفس المحكمة بسبب الخطأ المادى أو الخطأ المعنوى فى حكمها، ولو كان هذا الحكم حكماً ابتدائياً، بينما لا يجيز الرجوع إلى نفس المحكمة بسبب الخطأ فى الأسباب الواقعية للدعوى وبالتالى فى الحكم، إلا إذا كان هذا الحكم حكماً انتهائياً.

٨٧- صورتان للخطأ المهنى الجسيم:

وبعض أسباب الالتماس حالياً، ليس مجرد خطأ وارد فى الحكم، بل هو خطأ قضائى مهنى جسيم، وبالتالى فإن الأسباب فى هذه الحالة هى أسباب لمخاصمة القاضى أكثر مما هى مجرد أسباب للالتماس من القاضى بإعادة النظر فحسب، وذلك لولا الاعتبار التاريخى فى هذا الصدد.

فتاريخياً، هذه الأسباب أسبق فى الوجود من فكرة الخطأ القضائى المهنى الجسيم، التى لم تدخل – حتى – فى القانون المصرى إلا منذ أربعين عاماً تقريباً، وبالتالى ظلت هذه الأسباب مُعتبرة كأسباب لالتماس إعادة النظر، ولم تُعتبر بعد بمثابة صور للخطأ القضائى المهنى الجسيم، وذلك بناء على مجرد اعتبار تاريخى زائل.

إذ من العسير القول بانتفاء الخطأ القضائى المهنى الجسيم «فى الأحوال الآتية:......... ٥- إذا قضى الحكم بشئ لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه. ٦- إذا كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه لبعض» (م ٢٤١ مرافعات)، وكذا «إذا حكم على المتهم فى جريمة قتل، ثم وجد المدعى قتله حياً» (م ١/٤٤١ إجراءات جنائية).

فمن العسير إنكار وجود الخطأ القضائى المهنى الجسيم فى الأحوال الثلاث المتقدمة ([1])، وذلك لأكثر من سبب، كالتالى:

أ – أن القانون لا يتطلب لوجود هذا الخطأ أى سوء نية من جانب القاضى.

ب- والخطأ فى تلك الأحوال المتقدمة أكثر جسامة مما يشار إليه حالياً فى أدبياتنا، كمثال على الخطأ المهنى الجسيم، والذى

([1]) قرب: محمد عبد الخالق عمر: السابق – ص٥١ – ٥٢، حيث يقول: «....أن التماس إعادة النظر يرفع إلى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم. فهو لا يفترض خطأ المحكمة عن قصد. ولكنه يفترض أن الحكم خاطئ بسبب لا يرجع إلى أرادة المحكمة. ولكن يوجد استثناءان لا يتفقان مع هذا الافتراض: **الأول**، هو حالة الطعن بالالتماس على أساس أن الحكم قد قضى بشئ لم يطلبه الخصوم، أو بأكثر مما طلبوه. فخطأ الحكم هنا واضح، وهو يعزى إلى إهمال المحكمة. ولا يمكن القول بشأنه أن المحكمة لا يد لها فيه. **والثانى**: هو حالة مناقضة منطوق الحكم بعضه لبعض. فهذا التناقض يرجع أيضاً إلى عدم دقة أو خطأ المحكمة.....». ولكن قارن قوله بعد ذلك: «وهذا السببان من أسباب الالتماس، كان الأجدر أن يعتبرهما القانون من أسباب الطعن بالنقض».

أشارت إليه المادة ٣/٤٩٤ مرافعات، بقولها: «....٣- الأحوال الأخرى التى يقضى فيها القانون بمسئولية القاضى والحكم عليه بالتعويضات»، كما فى المادة ١٦٥ مرافعات، وتقضى بأنه: «يجب فى جميع الأحوال أن تودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه موقعة من الرئيس والقضاة عند النطق بالحكم، وإلا كان الحكم باطلاً، ويكون المتسبب فى البطلان ملزماً بالتعويضات إن كان لها وجه».

ودعوي المخاصمة هي دعوي مبتدأة، ولو أنها دعوي خاصة، لكنها تتسع- حتي- لإبطال الحكم، وبالتالي فهي تحقق للمتقاضي أكثر مما يحققه الالتماس. إذ نصت المادة ٤٤٩ مرافعات علي أنه: «وإذا قضت بصحة المخاصمة حكمت علي القاضي ... المخاصم ببطلان تصرفه وبالتعويضات والمصاريف. ومع ذلك لا تحكم المحكمة ببطلان الحكم الصادر لمصلحة خصم آخر غير المدعي في دعوي المخاصمة إلا بعد إعلانه لإبداء أقواله. ويجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تحكم في الدعوي الأصلية إذا رأت أنها صالحة للحكم وذلك بعد سماع أقوال الخصوم».

كما أن دعوي المخاصمة ليست طريقاً للطعن، وبالتالي فالأصل أنها غير مقيدة بميعاد ناقص، ولو أنها مقيدة بميعاد كامل في حالة إنكار العدالة وحدها، التي هي- بدورها- صورة من صور الخطأ القضائي المهني الجسيم.

ولا ريب، أن استمرار أدبياتنا- خلف المشرع- في اعتبار الأسباب المتقدمة مجرد أسباب لالتماس، فيه انتقاص كبير من حق المتقاضي تجاه القاضي، ولصالح الأخير وحده، ولصالحه الشخصي فحسب، وبدون مبرر قانوني أصلاً، وبدون داع مطلقاً خاصة في زماننا الذي انتشرت فيه ظاهرة اللامبالاة- حتي- في المدرسة القضائية المصرية. وفضلاً عن هذا الانتقاص الكبير، يدور المحكوم عليه- مدنياً أو جنائياً- داخل حلقة طويلة من الإجراءات، بينما دعوي المخاصمة تغنيه عنها، ولو كانت هذه الدعوي تمر بطورين.

٨٨- سبب تاريخى للرجوع إلى نفس المحكمة:

ومن أسباب التماس إعادة النظر حتى الآن، ما أصبح سبباً تاريخاً بحتاً فى مصر حالياً، وذلك منذ عام ١٩٩٦، أى منذ تعديل المادة ٣ مرافعات، الذى بموجبه صارت الصفة qualité فى الدعوى متعلقة بالنظام العام، حتى لو كانت الصفة التمثيلية، وبالتالى أصبح على الخصوم والقاضى من تلقاء نفسه أن يثير الدفع به بعدم صحة الصفة التمثيلية فى الدعوى.

أما قبل هذا التاريخ، فلم تكن الصفة فى الدعوى متعلقة بالنظام العام، وبالتالى لم يكن لأحد أن يثير الدفع بعدم صحة الصفة التمثيلية فى الدعوى إلا صاحب المصلحة فى هذا الدفع. ومن ثم كان هناك محلاً لاعتبار عدم صحة الصفة التمثيلية سبباً للالتماس، وذلك فى المادة ٧/٢٤١ مرافعات، وتقضى بأنه: «فى الأحوال الآتية:.......٧- إذا صدر الحكم على شخص طبيعى أو اعتبارى لم

يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً فى الدعوى وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية».

ومن ثم، لم يعد إدخال ذى الصفة الصحيحة فى الدعوى، أمراً جوازياً للمحكمة، كما تقضى المادة ١١٨ مرافعات، بقولها: «للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة. وتعين المحكمة ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أسابيع لحضور من تأمر بإدخاله ومن يقوم من الخصوم بإدخاله، ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى».

بل أصبح تصحيح الصفة فى الدعوى، أمراً وجوبياً على المحكمة، وتثيره بالتالى من تلقاء نفسها، ولو لم يثره الخصوم.

وضماناً لصحة الصفة فى الدعوى، نصت المادة ٦٥ مرافعات فى عجزها منذ تعديلها عام ١٩٩٩، على أنه: «لا تقبل دعوى صحة التعاقد على حق من الحقوق العينية العقارية إلا إذا أشهرت صحيفتها».

المطلب الثالث

زوائد فرنسية للاستئناف

٨٩- الأصل التاريخى لخلل حق الطعن:

فكرة زوائد الاستئناف هي فكرة فرنسية الأصل، بل- حتي- وليدة اعتبارات تاريخية وتقاليد فرنسية بحتة. فربما كانت هذه الفكرة وليدة اعتياد الفرنسيين قبل الثورة علي تعدد وتعاقب وتدرج مراحل

الاستئناف منذ الأمر الملكي عام ١٥٤١ حتي قيام الثورة([1])، وبالتالي استمر هذا الاعتياد حتي بعد أن استقر الرأي علي مبدأ: التقاضي علي درجتين.

وربما كانت هذه الفكرة وليدة التجربة المريرة لدرجة المعاناة من عدم عدالة القضاء الفرنسي، نتيجة- حتي- فساده في عصر ما قبل الثورة([2])، وبالتالي رؤي في تعدد طرق الطعن ضمانه ضد تكرار تلك المعاناة مستقبلاً.

علي أن هذه الفكرة قد أفرغت مبدأ التقاضي علي درجتين من محتواه، حتي ظل مجرد مبدأ «شكلي» فحسب، بحيث يعني أن التقاضي علي درجتين بصرف النظر عن عدد مراحل التقاضي، أي حتي لو بلغت مراحل التقاضي أكثر من خمس مراحل، وبصرف النظر- بالتالي- عن أي معاناة للمتقاضين من بطء التقاضي أو إطالة أمده أو تأخر مجيء العدالة لمستحقيها أو ازدحام القضاء بالقضايا.

لذا ظل مبدأ التقاضي علي درجتين بمعناه الشكلي الفرنسي، لا يتناقص مع وجود المعارضة أو المعارضة الاستئنافية أو التماس إعادة النظر أو النقض بل- حتي- الطعن الفوري في بعض الأحكام غير المنهية للخصومة، علي اعتبار أن هذه الطرق ليست «درجات» تقاضي، ولا هي- إذن- درجة استئناف قائمة بذاتها.

([1]) أحمد هندي: السابق- ص ١٢، ١٣.

([2]) سمير عبد السيد تناغو: السابق - ص ٥١٦- رقم ١٥٥.

ومنذ بداية الربع الأخير من القرن التاسع عشر، ومن خلال القوانين المختلطة، استوردت مصر: فكرة زوائد الاستئناف مصحوبة بمبدأ التقاضي علي درجتين بمعناه الشكلي، وتوارثتهما- بعد ذلك- قوانين المرافعات المدنية والتجارية والإجراءات الجنائية حتي الآن. وطوال هذه الفترة التي ناهزت قرناً ونصف، لم يتنبه المشرع الإجرائي إلي أن مصر ليست فرنسا باعتباراتها التاريخية وتقاليدها الموروثة، ولا- حتي- إلي أن مبدأ التقاضي علي درجتين يعني- بمعناه الموضوعي- أن التقاضي علي مرحلتين بالأقل وبالأكثر، ولا إلي أن المعارضة والمعارضة الاستئنافية والتماس إعادة النظر والطعن الفوري هي مجرد زوائد للاستئناف، ولا لزوم لها بل إن إثمها أكثر من نفعها.

٩٠- إتجاه تشريعي حديث:

في عام ٢٠٠٨، وبمناسبة قانون المحاكم الاقتصادية (٢٠٠٨/١٢٠)، عدل المشرع المصري- فجأة- عن الأخذ بمبدأ التقاضي علي درجتين، سواء بمعناه الشكلي أو- حتي- بمعناه الموضوعي. لذا أنشئت المحاكم الاقتصادية علي نمط واحد ودرجة واحدة وفي طبقة واحدة، فلا فيها محاكم أول درجة ومحاكم ثاني درجة، ولا هي كلها محاكم أول درجة، ولا هي كلها محاكم ثاني درجة، بل هي كلها جهة قضائية فرعية ثالثة ومستحدثة داخل جهة المحاكم.

وهذا المشرع تبني- لأول مرة- مبدأ: تركيز التقاضي في مرحلتين متعاقبتين بالأكثر وبالأقل بالنسبة للدعاوي الاقتصادية كافة، سواء الدعاوي الجنائية أو الدعاوي غير الجنائية، وبالتالي أجاز الاستئناف- حتي- بالنسبة لدعاوي الجنايات الاقتصادية، ولم يقصر التقاضي علي المرحلة الأولي وحدها بالنسبة لأية دعاوي اقتصادية.

وعدل هذا المشرع عن الأخذ بفكرة زوائد الاستئناف. فلا معارضة ولا معارضة استئنافية ولا التماس إعادة نظر ولا- حتي- طعن فوري في الأحكام غير المنهية للخصومة، وذلك بالنسبة للدعاوي الاقتصادية الجنائية وغير الجنائية. لأن هذه النظم هي نظم استثنائية- حتي- أمام المحاكم المدنية والتجارية وأمام المحاكم الجنائية، وبالتالي تعتبر مخالفة لقانون المحاكم الاقتصادية، ولا تسري- إذن- في شأنه، وذلك عملاً بالمادة ١ من قواعد إصداره. فهذا القانون يأخذ بمبدأ: التقاضي علي مرحلتين بالأكثر وبالأقل.

لذا قيل- بحق- «لم يأخذ (هذا) القانون بنظام المعارضة الغيابية في الجنح ...»(١)، أي لا هو يأخذ بنظام المعارضة، ولا بنظام المعارضة الاستئنافية، ولا هو يأخذ- من باب أولي- بنظام المعارضة غير الجنائية في أحوالها الاستثنائية كما هو الشأن في المعارضة في حكم شهر الإفلاس.

---

(١) رضوان عبد العليم مرسي: إطلالة علي الاختصاص الجنائي للمحاكم الاقتصادية- المجلة الفصلية لمحكمة النقض- ع ٥- فبراير ٢٠٠٩- ص٧.

ومن باب أولي، هذا المشرع لم يأخذ بفكرة الطعن الفوري في أية أحكام غير منهية للخصومة الاقتصادية الجنائية أو غير الجنائية، ولو كانت أحكاماً بعدم الاختصاص والإحالة، سواء كانت الإحالة من الدوائر الابتدائية إلي الدوائر الاستئنافية داخل المحكمة، أو العكس، أو كانت الإحالة من محكمة اقتصادية إلي محكمة اقتصادية أخري مختصة محلياً، أو كانت الإحالة من محكمة اقتصادية إلي محكمة أخري مختصة مكانياً ونوعياً، أو كانت الإحالة من محكمة اقتصادية إلي جهة القضاء الإداري.

وأيضاً، هذا القانون لم يأخذ بفكرة التماس إعادة النظر الجنائي أو غير الجنائي.

فهذا القانون لا يجيز الطعن إلا مرة واحدة فحسب، ولا يجيز- بالتالي- تكرار الطعن تحت أي مسمي من المسميات التقليدية، التزاماً منه بمبدأ: التقاضي علي مرحلتين بالأكثر وبالأقل.

بهذا، فإن المشرع قد التزم- في شأن المنازعات والدعاوي الاقتصادية الجنائية وغير الجنائية- التزاماً صارماً، بالمبدأ المنصوص عليه في المادة ٦٨ من الدستور، وتقضي بأن: «التقاضي حق مصون ومكفول ... ولكل شخص حق الالتجاء إلي قاضيه الطبيعي. وتكفل الدولة ... سرعة الفصل في القضايا».

وهذا الاتجاه الحديث هو اتجاه محمود، وينبغي بالتالي تعميمه في الجهتين الفرعيتين التقليديتين داخل جهة المحاكم، أي في قانون المحاكم المدنية والتجارية وفي قانون المحاكم الجنائية، وكذا في

قانون مجلس الدولة، وكذا في قانون المحكمة الدستورية العليا، وذلك بصرف النظر عن اعتيادنا زمناً يناهز القرن والنصف علي نظام حق التقاضي «الفرنسي». لأن هذا الاعتياد ليس أكثر من مجرد اعتياد، وبالتالي فهو لا يعني مطلقاً أن نظامنا التقليدي لحق التقاضي هو النظام الأفضل قانوناً، اللهم إلا إذا كان القضاء قد أنشئ لتبييت فيه أرواح المتقاضين معلقة بملفات قضاياهم لسنوات وسنوات إنتظاراً لمجيء العدالة وقد لا تجيء.

فمن منظور هذا الاعتياد، ربما لا يري البعض أن المعارضة والمعارضة الاستئنافية والطعن الفوري المباشر والتماس إعادة النظر([1]) هي طرق استثنائية يقتصر نطاقها علي أحكام المحاكم المدنية والتجارية والمحاكم الجنائية بحسب الأحوال، لكنها طرق مستبعدة بالنسبة للأحكام الاقتصادية الجنائية وغير الجنائية علي السواء.

وكأن هذا البعض لا يري في المحاكم الاقتصادية سوي صورة مكررة- وبالتالي ممسوخة ومشوهة- للمحاكم المدنية والتجارية والمحاكم الجنائية، بل- حتي- «يري أن المحكمة الاقتصادية عبارة

([1]) قارن: أحمد خليل: خصوصيات التقاضي أمام المحاكم الاقتصادية- ٢٠١٠- ص ١٥١، ١٥٦، حيث يري أن الالتماس المدني بإعادة النظر مستبعد بالنسبة لأحكام الدوائر الابتدائية وحدها دون أحكام الدوائر الاستئنافية، علي تقدير أن الأخيرة هي أحكام «انتهائية» حتي لو صدرت في دعاوي مرفوعة ابتداء.

عن تنظيم قضائي جديد وغريب يختلف في مبناه وفي مضمونه عن النظام القضائي القائم ويثير الريب والظنون حول الغرض من إنشائه ...»([1]).

لكن قانون المحاكم الاقتصادية هو قانون إجرائي فرعي مستحدث في إطار قانون جهة المحاكم، الذي هو الشريعة العامة commun سواء بالنسبة لقانون المحاكم المدنية والتجارية أو بالنسبة لقانون المحاكم الجنائية أو بالنسبة لقانون المحاكم الاقتصادية باعتباره قانوناً قائماً بذاته.

المبحث الثالث

ظاهرة

مصادرة حق التقاضى

٩١- عرض وتقسيم:

الخلل التشريعى فى نظام التقاضى المصرى، والذى يعد خطأ فى تأويل مبدأ: حق التقاضى، لا يقتصر على تقزيم أو تضخيم هذا الحق بحسب الأحوال، إنما يشمل أيضاً مصادرة حق التقاضى.

وهذه المصادرة التشريعية، قد تكون لحساب فكرة التحكيم الإجبارى Forè، أو لحساب فكرة أعمال السيادة، أو لحساب فكرة

([1]) رضوان عبد العليم مرسي: السابق- ص ١٠.

سمو الدستور الوضعى، وبالتالى تتوزع الدراسة فى المبحث الراهن على ثلاثة مطالب، كالتالى

المطلب الأول

مصادرته

لحساب فكرة التحكيم الإجبارى

٩٢- حالات جواز التحكيم الإجبارى:

التحكيم الإجبارى - حتى - فى حالة جوازه، بمثابة استثناء فى فكرة التحكيم عامة، حيث الأصل هو التحكيم الاختيارى، وبالتالى فإن التحكيم الإجبارى فى حالات جوازه قانوناً، مانع مطلقاً من اللجوء إلى التخصص القضائى بمعناه السالف بيانه، لكنه ليس مانعاً من اللجوء إلى التحكيم الاختيارى باعتباره الأصل.

وفى مصر، حالات جواز التحكيم الإجبارى باعتباره استثناء، هما حالتان واردتان حصراً، وتتعلقان بالمنازعات «العامة» من حيث أشخاصها، أى التى أطرافها من أشخاص القانون العام.

أما هاتان الحالتان، فهما: حالة المنازعة العامة التى يكون أحد أطرافها على الأقل شركة قطاع عام. وحالة المنازعة العامة التى لا يكون أحد أطرافها على الأقل شركة قطاع عام. ونظام التحكيم الإجبارى فى الحالة الأولى، موجود فى قانون المؤسسات وشركات القطاع العام. بينما نظام التحكيم الإجبارى فى الحالة الثانية، فموجود فى المادة ٦٦/د من قانون مجلس الدولة الحالة منذ عام ١٩٧٢،

وبصرف النظر عن موقف محكمة النقض المصرية التى ترى أن عمل الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع وفقاً للمادة ٦٦/د بمثابة فتوى استثنائية على اعتبار أنها فتوى «ملزمة»، وبالتالى لم تر بعد أن هذا العمل بمثابة تحكيم استثنائى، أى تحكيم إجبارى، ومانع للخصوم إذن من عرض المنازعة على القضاء، سواء قبل التحكيم أو بعده.

وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا، على أن حكم التحكيم الإجبارى لا يستعصى على الخضوع لدعوى بطلان التحكيم، وعلى عدم دستورية أى نص تشريعى يجيز التحكيم الإجبارى فى منازعات يكون أحد أطرافها – على الأقل – شخصاً خاصاً privé، سواء كان هذا الشخص شخصاً حقيقياً (طبيعياً) أو شخصاً حكمياً (اعتبارياً).

٩٣– تحكيم إجبارى فى غير حالات جوازه:

أما التحكيم الإجبارى فى غير حالات جوازه فى مصر حالياً، فله صور متعددة، وذلك على نحو ما بيناه آنفاً فى المبحث الأول من الفصل الثانى، وتشمل حالات التحكيم الإجبارى فى المنازعات المتعلقة بالشخصيات العامة اجتماعياً، دون أن تكون أشخاصاً من أشخاص القانون العام.

كما هو الشأن فى التحكيم الإجبارى للبرلمان أو لمجلس الشورى، فى المنازعات المتعلقة بصحة عضويته. والتحكيم الإجبارى لهيئة الانتخابات الرئاسية فى المنازعات المتعلقة بصحة

هذه الانتخابات. والتحكيم الإجبارى للدائرة الأولى بالمحكمة العليا فى المنازعات المتعلقة برفض تكوين الأحزاب. والتحكيم الإجبارى لدائرة الاستئناف، فى منازعات العمل الجماعية.

وكما كان الشأن فى التحكيم الإجبارى لهيئة ثلاثية من مجلس الثورة، فى بعض المنازعات فى الخمسينات. وكذا التحكيم الإجبارى لهيئة القيم أو هيئة القيم العليا فى المنازعات التى كانت مسنده إليها.

وفى كل هذه الحالات، نكون إزاء تحكيم إجبارى فى غير حالات جوازه قانوناً، وبصرف النظر عن تسمية الهيئة التى تتولاه «محكمة» أو «لجنة» أو «هيئة» أو «دائرة».

كما نكون بالتالى إزاء مصادرة لحق التقاضى، لحساب فكرة التحكيم الإجبارى، أى لحساب فكرة استثنائية، لكن خارج نطاق مشروعيتها، وبصرف النظر عن وجود نظام هذه المصادرة التشريعية، فى الدستور ذاته، أو فى التشريع العادى كقانون الأحزاب أو قانون العمل أو قانون محكمة القيم......وهكذا.

وبصرف النظر – حتى – عن مقوله المحكمة الدستورية العليا فى هذا الشأن، أى مقوله أن للمشرع الوضعى «حرية» إنشاء هيئات ذات اختصاص قضائى، وكأن هذه المحكمة تقول أن للمشرع الوضعى حرية انتهاك مبدأ: حق التقاضى وبالتالى انتهاك مبدأ: التخصص القضائى معاً وفى نفس الوقت.

المطلب الثانى

مصادرته

لحساب فكرة أعمال السيادة

٩٤- فى التشريع العادى:

المادة ٢/٦٨ من الدستور المصرى الحالى تقضى بأنه: «يُحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابه القضاء».

ورغم أن هذا الدستور أسبق فى الوجود تاريخياً من قانون مجلس الدولة الحالى، ولو تعاصر صدورهما فى نفس العام ١٩٧٢، إلا أن مشرع القانون الأخير لم يلتزم بالنص الدستورى المشار إليه، وذلك فى شأن أعمال السيادة، وبالتالى صادر حق التقاضى بشأنها كما صادر بالتالى الاختصاص القضائى بها.

وبموجب قانون مجلس الدولة وحده – دون الدستور – صارت أعمال السيادة بمثابة طائفة من الأعمال والقرارات الإدارية المستثناه، سواء من التقاضى بشأنها، أو من الاختصاص القضائى بها، بل أن مشرع هذا القانون لم يلتفت – حتى – إلى ما فى اصطلاح «أعمال السيادة» من زيف ظاهر للعيان، بالنظر إلى مبدأ: لا سيادة إلا سيادة القانون، تلك التى فى ظلها وتحتها ورد نص المادة ٢/٦٨ من الدستور، حاظراً تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء.

٩٥- فى الفقه:

وعبثاً حاول فقه القانون العام منذ قديم، أنه يبحث عن مبرر «قانونى» لهذا الاستثناء، حتى أعياه البحث، فانشغل تماماً عن مشكلة انعدام المبرر القانونى لهذا الاستثناء، بمشكلة أخرى فرعية، أى مسألة ما إذا كانت المحكمة تقضى بعدم القبول أم تقضى بعدم الاختصاص، وذلك فى حالة رفع الدعوى إليها بشأن عمل من أعمال السيادة ؟

وهذا الخلاف غير ذى موضوع أصلاً. لأن الأمر فى هذه الحالة، لا هو يتعلق بفكرة عدم القبول التى تتطلب انتفاء المصلحة أو انتفاء الصفة بحسب الأحوال، ولا هو يتعلق بفكرة عدم الاختصاص التى تتطلب أن يتلازم الحكم بعدم الاختصاص والحكم بالإحالة إلى محكمة مختصة أصلاً.

بل – حتى – هذا الفقه لم ينظر بعد إلى فكرة أعمال السيادة، على أنها مجرد سبب تاريخى مصطنع أصلاً، لمصادرة حق التقاضى بشأنها ومصادرة الاختصاص القضائى بها، أى سبب تاريخى «مزعوم» وجوده أصلاً، لانتهاك مبدأ: حق التقاضى ومبدأ: التخصص القضائى، وذلك لحساب السلطة التنفيذية، وبالتالى مازالت فكرة أعمال السيادة من أكثر أفكار القانون العام غموضاً حتى الآن.

٩٦- خصائص فكرة أعمال السيادة:

هى فكرة إدارية تاريخية موروثة عن عصور الملكية، التى اصطنعت علواً واقعياً زائفاً ومفتعلاً، لطائفة من أعمالها الإدارية،

على حساب مبدأ: حق التقاضى ومبدأ التخصص القضائى، ولو على سبيل الاستثناء غير المبرر قانوناً، وبالتالى فهى مازالت فكرة استثنائية وغامضة حتى الآن.

على أن البعض يستثمر غموضها، فيعتبرها بالتالى بمثابة فكرة مرنه، وقابلة إذن للزيادة والنقصان فى نطاقها بحسب الزمان والمكان، بينما هى فى الحقيقة فكرة مصطنعة، وبالتالى بدعة غربية أصلاً، ولا تتواءم إلا مع الأنظمة الغربية.

خذ مثلاً، قرار دعوة الناخبين إلى انتخاب هيئة البرلمان، وقرار دعوة البرلمان للانعقاد، وقرار فض فصوله التشريعية فصلاً بفصل، وقرار حل البرلمان..... وهكذا. وهى أمثلة تقليدية لطائفة من أعمال السيادة، وكلها تقوم على اعتقاد أن الأصل فى البرلمان هو البرلمان النيابى، الذى استنسخت صوره المختلفة من البرلمان الإنجليزى باعتباره الأصل التاريخى لفكرة البرلمان الغربية، وتبعيته للملك من حيث حله ودعوته للانعقاد أو فض فصوله التشريعية......الخ.

بينما الحقيقة أن البرلمان النيابى ليس هو أصل البرلمان فى التاريخ الإنسانى، إنما هو الصورة الغربية والممسوخة للبرلمان، والذى سيظل يفتقر إلى نظام أمثل لتكوينه بطريق الانتخاب.

فالأصل فى البرلمان([1])، هو البرلمان اللانيابى الذى يتكون بطريق الاصطفاء وفق شروط دقيقة ولا دخل لإرادة الناس فى تكوينه، والذى يتبع القانون الإلهى وحده، والخاضع لله تعالى دون شريك – حتى – الدولة، وذلك منذ عصر إبراهيم عليه السلام، الذى كان فرداً واحداً لكنه كان «برلماناً» كاملاً، أى كان هيئة تشريعية كاملة آنذاك، أو بالأحرى كان «أمة تشريعية» واختصاراً «أمة»، وكانت هذه الأمة التشريعية مكونة بطريق الاصطفاء، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿إِنَّ إِبْرَاهِيمَ كَانَ أُمَّةً قَانِتاً لِلَّهِ حَنِيفاً......﴾ ([2]) وكذا قوله بشأن إبراهيم: ﴿وَلَقَدِ اصْطَفَيْنَاهُ فِي الدُّنْيَا.......﴾ ([3]). بل – حتى – لم يكن هذا البرلمان تابعاً للقانون الإلهى والدولة معاً، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿إِنَّ إِبْرَاهِيمَ كَانَ أُمَّةً قَانِتاً لِلَّهِ حَنِيفاً وَلَمْ يَكُ مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾([4]).

المطلب الثالث

مصادرته

لحساب فكرة سمو الدستور الوضعى

٩٧- فكرة وضعية:

فكرة سمو الدستور الوضعى هى بطبعها فكرة وضعية. ومن ثم، فالأصل أن هذه الفكرة لا تتجاوز الظاهرة التشريعية الوضعية

([1]) أنظر بالتفصيل: أحمد حشيش: مركز الدولة....مشار إليه – ص١٢٩ – ١٧١ رقم ٧٧ – ١١٤.

([2]) ١٢٠/ النحل.

([3]) ١٣٠/ البقرة.

([4]) ١٢٠/ النحل.

وحدها، ولا تتعداها مطلقاً، وبالتالى فهى لا تعنى فى هذا الإطار سوى سمو الدستور الوضعى على غيره من التشريعات الوضعية، سواء التشريع العادى أو التشريع الفرعى (اللائحى).

وعلى هذا الاعتبار تم وضع نظم المحاكم الدستورية المقارنة أي فى العالم، وبالتالى مازال أقصى ما يطاله حق التقاضى أمامها والاختصاص القضائى لها هى المنازعات المتعلقة بنصوص التشريع العادى والتشريع الفرعى (اللائحى)، لكنه بهذا لا يطال المنازعات المتعلقة بنصوص الدستور الوضعى ذاتها، وكأن الدستور الوضعى ليس تشريعاً «وضعياً» مثلها، أو كأنه يشمل أسمى القواعد بإطلاق، أو كأنه يعلو على حق التقاضى والتخصص القضائى، وتلك كلها تصورات غير صحيحة بإطلاق.

ونظام المحكمة الدستورية العليا فى مصر، لا يشذ عن هذا «التقليد»، وبالتالى فإن الدستور المصرى الحالى يتبعه قانون تلك المحكمة عام ١٩٧٩ يقصران حق التقاضى أمامها كما يقصران بالتالى اختصاصها القضائى، على المنازعات المتعلقة بالتشريع العادى أو التشريع الفرعى (اللائحى)، دون المنازعات المتعلقة بنصوص الدستور الوضعى ذاته، تلك المنازعات التى لا يطالها حق التقاضى بشأنها أو الاختصاص القضائى بها، وهو الأمر الذى يعد انتهاكاً لمبدأ: حق التقاضى ومبدأ: التخصص القضائى، بناء على مجرد تصورات كلها غير صحيحة بإطلاق.

٩٨- مبدأ: سمو القانون الإلهى المعاصر:

لكن الأصل أن الظاهرة التشريعية «الوضعية» لا تستنفد وحدها الظاهرة القانونية «العامة»، ولا لها أى سمو – جملة وتفصيلاً – فى إطار الظاهرة القانونية العامة، وبالتالى فلا لها أولوية ولا لها مرجعية فى نطاق الظاهرة القانونية العامة، بل إن العكس هو الصحيح تماماً.

فالأصل أن الظاهرة القانونية «العامة» تتكون – منذ الثلث الأول من القرن السابع الميلادى وفى كل زمان ومكان – من القانون الإلهى المعاصر أى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن) ولائحته التنفيذية (السنة) وكذا التشريع الوضعى، على أن السمو هو للقانون الإلهى وحده (القرآن والسنة)، وبالتالى فله وحده الأولوية على التشريع الوضعى، كما له وحده المرجعية بالنسبة للتشريع الوضعى أياً كان وأينما كان ووقتما كان.

وهذا المبدأ مقنن منذ الثلث الأول من القرن السابع الميلادى، فى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن)، مصداقاً لقوله تعالى: **﴿أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ ....﴾**.

كما أن هذا المبدأ المقنن، هو مبدأ علمى تقديرى، أى من مبادئ علم تأويل القانون، بل هو – حتى – أخيرها وأحسنها، مصداقاً لقوله تعالى عقب تقرير هذا المبدأ وفى نفس الآية: **﴿....ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً.....﴾**.

بل هو – حتى – مبدأ عالمي وأبدى، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ كَآفَّةً لِّلنَّاسِ....﴾ ([1]). وهو مبدأ عالمى وأبدى، ولو لم يكن معلوماً فى الغرب حتى الآن، أو كان معلوماً ومنكوراً هناك، لأنه يستعصى – بطبعه – على الإنكار هنا أو هناك.

وهو من ثم يقتضى أن يطال حق التقاضى والتخصص القضائى، المنازعات المتعلقة بنصوص الدستور الوضعى ذاته هنا أو هناك، وبصرف النظر عما إذا كانت هذه النصوص بمثابة «قواعد» أو «مبادئ» فى هذا الدستور الوضعى، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿....فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ.....﴾.

خاتمـــة

١- هذا المؤلف مكرس لدراسة النظام القضائى المصرى من حيث مشكلاته، أى دراسة «مشكلات النظام القضائى المصرى». وهو فى الأصل مجموعة محاضرات لطلاب قسم الدكتوراه بكلية الحقوق جامعة طنطا فى العام الجامعى ٢٠١٠ – ٢٠١١، وفى مقرر «التنظيم القضائى المصرى» لدبلوم العلوم القضائية.

٢- وقد روعى فيه أن يكون متماشياً مع ثلاث دعوات جدية معاصرة، هى: الدعوة إلى الإصلاح الشامل فى مصر وبالتالى الإصلاح القضائى. والدعوة إلى جودة التعلم المصرى وفق هوية وثقافة وثوابت الأمة، وبالتالى جودة التعليم القانونى وجودة

([1]) ٢٨/ سبأ.

التعليم الإجرائى. والدعوة إلى دراسة القانون وفق المنهج التقنى العلمى الأصلى الخاص بدراسته وحده، وبالتالى الخاص بدراسة النظام القضائى حتى من حيث مشكلاته.

ولاريب أن منهج التأويل بقواعده التى تنتمى بطبعها إلى علم القانون، له الأولوية دائماً، على المنهج التقليدى لدراسة القانون، أى منهج التفسير بقواعده التى لا تنتمى إلى القانون، إنما هى بطبعها تنتمى إلى «علم اللغة»، حتى لو تعلق الأمر بتفسير القانون، سواء القانون الوضعى، أو – حتى – القانون الإلهى المعاصر أى الدستور الإلهى المعاصر (القرآن) ولائحته التنفيذية (السنة).

وبهذا، فمنهج التفسير لا هو حكر على دراسة القانون وحده دون سواه، ولا هو بالتالى المنهج العلمى الأصلى لدراسة القانون، ولا هو إذن أكثر من منهج «ثانوى» أو «احتياطى» فى المجال القانونى، سواء كان منهج التفسير «على المتون» الذى لا يكبح لدى دارسى القانون جنوحهم نحو «الافتراض»، أو كان منهج التفسير «العلمى الحر» الذى ابتدعه فرانسوا جينى فى فرنسا فى مطلع القرن الماضى، والذى لا يكبح لدى دارسى القانون جنوحهم نحو «الخيال العلمى» Science fiction، أو بالأحرى الخيال اللاعلمى واللامنهجى.

وقواعد التأويل، هى قواعد علمية تقريرية لكنها مقننة حالياً، وتُعد علماً قائماً بذاته من العلوم القضائية، كانت نشأته الأولى فى القرن الثالث عشر قبل الميلاد، وكان أول من تتلمذ فيه آنذاك هو

موسى «القاضى» عليه السلام، وعلى يد الخضر عليه السلام. أما نشأته الآخرة، فكانت فى الثلث الأول من القرن السابع الميلادى، وعلى يد خاتم الرسل.

٣- وحالياً، القانون القضائى droit judiciaire هو الأكثر انشغالاً بشأن «صحة» تأويل القانون عملاً، وهو - بالتالى - الأكثر انزعاجاً بشأن «عدم» صحته، الذى اشتهرت تسميته اصطلاحاً فى العديد من نصوص القانون القضائى بـ «الخطأ فى تأويل القانون»، والذى قد يكون خطأ إدارياً أو خطأ قضائياً أو خطأ تشريعياً بحسب الأحوال، بل - حتى - الخطأ التشريعى قد يكون خطأ فى التشريع الفرعى (اللائحى) أو خطأ فى التشريع العادى أو خطأ فى التشريع الدستورى الوضعى.

لذا، فإن المؤلف الراهن لم ينشغل كثيراً بإثبات وجود مشكلات فى النظام القضائى المصرى الحالى، خاصة أن وجودها يعد أمراً واقعاً بالفعل، ويستعصى بالتالى على الإنكار، ولو لم يستعص على المكابرة.

لكن كان دوره الأول هو إثبات أن كافة المشكلات الموجودة فى هذا النظام القضائى هى أخطاء فى تأويل القانون الإلهى المعاصر، وترجع بالتالى إلى خطأ فى تأويل مبدأ: سمو القانون الإلهى المعاصر (القرآن والسنة) على التشريع الوضعى أياً كان وأينما كان ووقتما كان.

وكذا إثبات أن هذا الخطأ بدوره يرجع إلى أمرين على الأقل، هما: الافتقار إلى علم تأويل القانون حتى الآن. والانبهار بأفكار تشريعية وضعية غربية، وبالتالى استيرادها دون تمحيص، أى دون تقييمها فى ضوء قواعد علم التأويل.

وما توفيقى إلا بالله،،،

الفهرس

للمؤلف

١- التنظيم القضائى من زاوية أشخاصه – دار النهضة العربية – ٢٠٠٧.

٢- التنظيم القضائى فى ضوء مبدأ سمو القانون الإلهى على التشريع – ٢٠٠٦.

٣- فكرة المحكمة العليا للأسلمة – ط ٢ – دار النهضة العربية – ٢٠٠٤.

٤- نظرية القوة التنفيذية لسند التنفيذ – دار الفكر العربى – ٢٠٠٢.

٥- طبيعة المهمة التحكيمية – دار الفكر العربى – ٢٠٠١.

٦- أساس الوظيفة القضائية – دار النهضة العربية – ١٩٩٩.

٧- المفهوم القانونى للبيئة – ط ٢ – دار الفكر العربى – ٢٠٠١.

٨- القوة التنفيذية لحكم التحكيم – دار الفكر العربى – ٢٠٠١.

٩- مبدأ عدم جواز تناقض الأحكام – دار النهضة العربية – ١٩٩٧.

١٠- اعتبار الحجز كأن لم يكن – دار النهضة العربية – ١٩٩٥.

11- The System of attacks on judgments, Comparative Study– 1989.

١٢- تطور قانون المرافعات واتجاهاته – ١٩٨٧.

13- The Legal theory, 2001.

١٤- فكرة الوسطية فى العمل الإنسانى - مصر المعاصرة - س٩٦ - ع ٤٧٩ - ٢٠٠٥.

١٥- أزمة قاعة البحث القانونى - مصر المعاصرة - س ٩٦ - ع ٤٨٠ - ٢٠٠٥.

١٦- فكرة الوساطة الإجرائية - ورقة بحثية لمؤتمر حقوق طنطا - فبراير ٢٠٠٢.

١٧- أساس التنفيذ الجبرى - دار النهضة العربية - ١٩٩٦.

١٨- الدفع بعدم القبول فى قانون المرافعات - رسالة إسكندرية - آلة كاتبة - ١٩٦٨.

١٩- الوجيز فى قانون القضاء المدنى - ط ١ - دار النهضة العربية - ٢٠٠١.

٢٠- التنفيذ الجبرى - ط ٨ - دار النهضة العربية - ٢٠٠١.

٢١- أثر الصفة الأجنبية لعناصر الدعوى المدنية - مجلة روح القوانين - ع٤ - ص ٢٢٥ - ٣٨٣ - سنة ١٩٩١.

٢٢- اعتبار الحجز كأن لم يكن - مجلة روح القوانين ع ٣ - ١٩٩٠ ، ع ٦ - ١٩٩١.

٢٣- الهيئة القضائية وأعوانها - فى ضوء مبدأ سمو القانون الإلهى - دار النهضة العربية - ٢٠٠٩.

٢٤- مركز الشعب والدولة والرئاسة والبرلمان واللغة العربية - فى ضوء مبدأ سمو القانون الإلهى - دار النهضة العربية، ٢٠١٠.

٢٥- مبادئ المحاكم الاقتصادية – في ضوء مبدأ سمو القانون الإلهى – دار النهضة العربية – ٢٠١٠.

٢٦- إعتلال صحة التقاضى فى مصرنا – فى ضوء مبدأ سمو القانون الإلهى – مجلة الحقوق (إسكندرية) عدد خاص – مارس ٢٠١٠.

٢٧- الضوابط القانونية للتعليم المصرى وفق قانون جودته ولائحته – فى ضوء مبدأ سمو القانون الإلهى – دار النهضة العربية – ٢٠١٠.

٢٨- انتهاك مبدأ التخصص القضائى فى ضوء مبدأ سمو القانون الإلهى، بحث قدم فى مشروع كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، بشأن إحياء ذكرى أساتذتنا فى تخصص المرافعات المدنية والتجارية، بكتابات فى موضوع «التخصص القضائى».

٢٩- أساس حقوق وواجبات المرأة فى ضوء مبدأ سمو القانون الإلهى، بحث مقدم لمؤتمر كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، فى أول ديسمبر ٢٠١٠.

٣٠- مبادئ التنفيذ الجبرى فى قانون المرافعات – دار النهضة العربية – ٢٠١١.

٣١- مشكلات النظام القضائى المصرى فى ضوء مبدأ سمو القانون الإلهى – دار النهضة العربية – ٢٠١١.

رقم الإيداع ٢٠١١/٢٦٨٦

ترقيم دولى

978-977-04-6663-0



مع تحيات
مطبعة جامعة طنطا
الكتاب الجامعى